OECD ÜLKELERİNDE TIBBİ UYGULAMA HATALARI

ŞÜKRÜ YILDIRIM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ

İzmir
İzmir Bakırçay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

İzmir, 2021

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim dalında öğrenim görmekte olan Şükrü YILDIRIM ‘’**OECD ÜLKELERİNDE TIBBİ UYGULAMA HATALARI**” başlıklı tezi 02/06/2021 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek “İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği”nin ilgili maddeleri uyarınca, Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri	**Unvanı Adı Soyadı**	**İmza**
Üye (Tez Danışmanı)	Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ	
Üye	Prof. Dr. Serkan ÇINARLI	
Üye	Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKOĞLU	
Üye		
Üye		

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

JURY AND INSTITUTE APPROVAL

Şükrü YILDIRIM, who is studying at İzmir Bakırçay University Graduate Education Institute, Department of Health Law, his thesis titled **"MEDICAL PRACTICE ERRORS IN OECD COUNTRIES"** was evaluated by the jury below on 02/06/2021 and the relevant articles of the "İzmir Bakırçay University Graduate Education and Examination Regulation" It has been accepted as a Master's thesis in the department.

Jurors	**Title Name Surname**	**Signature**
Member (Thesis Advisor)	Assoc. Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ	
Member	Prof. Dr. Serkan ÇINARLI	
Member	Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKOĞLU	
Member		
Member		

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
Director of Graduate Education Institute

ÖZET

OECD ÜLKELERİNDE TIBBİ UYGULAMA HATALARI

Şükrü YILDIRIM

Sağlık Hukuku Anabilim Dalı

İzmir Bakırçay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü,
06/2021

Danışman: Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ

Tıbbi bakım meselesi bünyesinde çok fazla bileşeni barındıran karmaşık bir olgudur. Tıbbi uygulama hatalarının insanın varlığını ilgilendiren bir konu olması ve tıp biliminin her gün ilerleme göstermesi bu meselenin her geçen gün hem öneminin artması hem de içeriğinin sürekli bir güncellemeye ihtiyaç duymasıyla sonuçlanmaktadır. Bu önem çerçevesinde konunun karşılaştırmalı hukuk bağlamında incelenmesi literatür ve uygulamaya katkı sunması açısından temel önemdedir. Bu bağlamda ilk olarak malpraktis ve ilgili kavramlara dair literatür incelemesi sonucunda ulaştığımız kavramsal çerçeve aktarılacaktır. Malpraktis kavramının tanımlanması, tarihi gelişimi, tıbbi müdahale ve malpraktis arasındaki ilişki, komplikasyon kavramı ve malpraktis ilişkisi ayrıca aydınlatılmış hasta onamı bu bölümde incelenen konular arasındadır. Takip eden bölümde ise malpraktis olgusunun hukuki açıdan incelenmesine ilişkin temel çerçeve çizilecektir. Bu bölümde tıbbi uygulama hatası meselesinin özgün bir hukuk dalına ait olmayıp özel hukuk, ceza hukuku ve idare hukukunun bileşeninden oluşan karma bir hukuki rejime sahip olduğu belirtilecektir. Bu kavramsal ve analitik çerçeve doğrultusunda tıbbi uygulama hatalarına ilişkin karşılaştırmalı hukuk çalışmasına esas olarak sekiz adet OECD ülkesi örnek olarak seçilmiştir: Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya, Kanada, Birleşik Krallık, İskandinav ülkeleri ve Polonya.

Anahtar Sözcükler: Malpraktis ; Komplikasyon ; Onam ; OECD ; Tıbbi Uygulama Hatası

.

ABSTRACT

MEDICAL PRACTICE ERRORS IN OECD COUNTRIES

Şükrü YILDIRIM

Department of Health Law

İzmir Bakırçay University, Graduate Education Institute, 06/2021

Supervisor: Assoc. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ

Medical care is a complex phenomenon involving many components. The fact that medical practice errors are a matter of human existence and the continuous progress of medical science results in the increasing importance of this issue day by day and the need for a continuous update of its content. Within the framework of this importance, the examination of the subject in the context of comparative law is essential in terms of contributing to the literature and practice. In this context, firstly, the conceptual framework that we have reached by the literature review on malpractice and related concepts will be presented. Defining the concept of malpractice, its historical development, the relationship between medical intervention and malpractice, the concept of complication and malpractice, and informed patient consent are among the topics discussed in this section. In the following section, the basic framework regarding the legal examination of the malpractice phenomenon will be drawn. In this section, it will be stated that the medical malpractice issue does not belong to a specific branch of law, but rather has a mixed legal regime consisting of private law, criminal law, and administrative law components. In line with this conceptual and analytical framework, eight OECD countries were chosen as examples for comparative legal work on medical malpractice: Germany, Austria, France, Italy, Canada, United Kingdom, Scandinavian countries, and Poland.

Keywords: Malpractice; Complication; Consent; OECD; Medical Malpractice.

.../.../2021

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın İzmir Bakırçay Üniversitesi tarafından kullanılan turnitin bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde "intihal içermediğini" beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

.....

(İmza)

Şükrü YILDIRIM

.../.../2021

STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES

I hereby truthfully declare that this thesis is an original work prepared by me; that I have behaved in accordance with the scientific ethical principles and rules throughout the stages of preparation, data collection, analysis and presentation of my work; that I have cited the sources of all the data and information that could be obtained within the scope of this study, and included these sources in the references section; and that this study has been scanned for plagiarism with turnitin scientific plagiarism detection program used by İzmir Bakırçay University, and that "it does not have any plagiarism" whatsoever. I also declare that, if a case contrary to my declaration is detected in my work at any time, I hereby express my consent to all the ethical and legal consequences that are involved.

.....
(Signature)
Şükrü YILDIRIM

İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI……i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI ii
ÖZET iv
ABSTRACT v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ vi
STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES vii
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR x
1. GİRİŞ 11
1.1. Sorun 11
1.2. Önem 12
1.3. Amaç 13
2. TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS) İLE İLGİLİ KAVRAMSAL ÇERÇEVE 14
2.1. Malpraktis Kavramının Tanımlanması 14
2.2. Tarihi Gelişimi 16
2.3. Tıbbi Müdahale ve Malpraktis Arasındaki İlişki 16
2.4. Komplikasyon Kavramı ve Malpraktis ile İlişkisi 18
2.5. Aydınlatılmış Hasta Onamı 20
3. TIBBİ UYGULAMA HATALARININ HUKUKİ AÇIDAN İNCELENMESİ 21
3.1. Genel Olarak 21
3.2. Tıbbi Uygulama Hatası ve Özel Hukuk 22
3.3. Tıbbi Uygulama Hatası ve Ceza Hukuku 23
3.4. Tıbbi Uygulama Hatası ve İdare Hukuku 23
3.5. Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu 27
3.5.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk 27
3.5.2. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk 28
3.5.3. Görev ve Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluk 29
4. OECD ÜLKELERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ 30
4.1. Almanya 30
4.1.1. Genel Olarak 30
4.1.2.Ceza ve Disiplin Hukukuna İlişkin Potansiyel Hukuki Sonuçlar 30
4.1.3. Özel Hukukla İlgili Sonuçlar: Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat 32
4.1.4. Bir Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Tıbbi Ürünlerden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk 33

4.1.5. Sigorta Hukukuna İlişkin Sorunlar 34
4.1.6. Uygulama ve İçtihat Bağlamında Malpraktis 34
4.2. Avusturya 39
4.2.1.Genel olarak 39
4.2.2. Disiplin Hukuku 40
4.2.3. Ceza Hukuku 40
4.2.4. Özel Hukuk 41
4.2.5. Uygulama ve Yargı Kararlarında Malpraktis 42
4.3. Fransa 47
4.3.1. Genel Olarak 47
4.3.2. Çeşitli Hukuk Dallarına Göre Hekimin Kusurlu Sorumluluğu 47
4.3.3. Kusursuz sorumluluk 51
4.4. İtalya 53
4.4.1. Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk Yaklaşımı ve Yarattığı Sorunlar 53
4.4.2.Bir Çözüm Girişimi Olarak "Gelli Kanunu" 55
4.5. Kanada 56
4.5.1.Malpraktis Hukuki Rejimi 56
4.5.2. Uygulama ve Yargı Kararlarında Malpraktis 59
4.5.3. Kurumsal ve Kamusal Sorumluluk 64
4.6. Birleşik Krallık 65
4.6.1.Tazminat Şartları 67
4.6.2. Nedensellik 68
4.7. İskandinav Ülkeleri 69
4.7.1. İskandinav Malpraktis Hukuki Rejiminin Genel Görünümü 69
4.7.2.Tazminata Temel Teşkil Eden İlkeler 73
4.7.3.Nedensellik 76
4.8. Polonya 77
4.8.1. Genel Olarak 77
4.8.2. Özel Hukuka Dayalı Sorumluluk 78
4.8.3.İspat ve Nedensellik Yükümlülüğü 80
5. SONUÇ ve ÖNERİLER 82
5.1. Sonuç 82
5.2. Öneriler 84
KAYNAKÇA 85
6. ÖZGEÇMİŞ 90

KISALTMALAR

BGH	Federal Adalet Mahkemesi
ABGB	Avusturya Medeni Kanunu
AGK	Adı Geçen Kaynak
OGH	Avusturya Yüksek Adalet Mahkemesi
OECD	Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (*Organisation For Economik Cooperation and Development)*
ARS	Bölgesel Sağlık Ajansları (*Agences Régionales de Santé)*
HCSP	Halk Sağlığı Yüksek Konseyi (*Haut Conseil de la Santé Publique)*
AFSSAPS	Sağlık Ürünleri Sıhhi Güvenlik Ajansı (*Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé)*
HAS	Fransız Ulusal Sağlık Otoritesi *(Haute Autorité de Santé)*
ARS	Bölgesel Sağlık Ajansları (*Agences Régionales de Santé)*
ONIAM	Tıbbi Kazaların Tazminatı Ulusal Fonu. (*Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux*).
CMPA	Kanada Tıbbi Koruma Derneği
HIROC	Kanada Sağlık Sigortası Sandığı
StGB	Alman Ceza Kanunu
NHS	Birleşik Krallık Ulusal Sağlık Hizmeti
HYY	Hasta Yaralanmaları Yasaları

1. GİRİŞ

1.1.Sorun

Tıbbi bakım meselesi bünyesinde çok fazla bileşeni barındıran karmaşık bir olgudur. Bakım hizmetlerinin sunulması esnasında bazı zamanlar istenmeyen sonuçlar ve zararlar oluşabilmektedir. Bununla bağlantılı bir şekilde tıbbi bakım talebinde bulunan hasta bireylere tedavi sunumunda geç kalınması nedeniyle sakatlanma hatta ölümüyle sonuçlanan durumlar gerçekleşebilmektedir. Dahası yapılan bu hatalı tıbbi müdahalelerden dolayı sağlık harcamalarının artışı ve insanların ihtiyaç duyduğu sağlık hizmetlerini eksik bir şekilde alma sorunu ortaya çıkmaktadır. Bundan başka hasta ve hekim arasında doğabilecek uyuşmazlıkların etkin bir hukuki çözüme ulaşmadığı noktada hekime yönelik şiddet de ayrı bir toplumsal sorundur.[1] Bu noktada tedavi ve sağlık bakımına dair hizmetleri sunan sağlık çalışanlarında tıbbi uygulama hatasıyla (malpraktis) bağlantılı stresten kaynaklı iş verim düşüklüğü, aşırı defansif tavır sergileme, suçluluk ve akabinde depresyon gibi yine halk sağlığını ve kamu barışını olumsuz etkileyen sorunları da unutmamak gerekir.[2]

Tıbbi uygulama hatası sağlık hukukunun en fazla tartışılan, pratikte de başta hekim, sağlık kuruluşları ve hasta hakları konusunda faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlar ile sağlık sisteminin tüm paydaşlarını oldukça meşgul eden bir meseledir. Bundan başka konu tıp bilimi ve hukuk disiplinin kesişme noktasını işgal etmektedir. Her bireyin bir gün hasta olabileceği düşünüldüğünde, malpraktis toplumsal ve kamusal açıdan temel öneme sahip bir meseledir. Gerçekten de Anayasamıza göre, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama hakkı tartışmasızdır.

Tıbbi bakım hizmetlerinin sunumunda karşılaşılan sorunlar da bu hakkın yeterince hayata geçirilmemesinin en büyük nedenlerinden birisidir.[3] Bireylerin

---

[1] Erdem, A. ve Yeşiltaş, A. (2018). Şiddet ve defansif tıp uygulamaları üzerine nitel bir çalışma. Akademik sosyal araştırmalar dergisi, 6 (74), s. 488

[2] Göcen, Ö., Yılmaz, A., Aslahan, H., Çelepkolu, T., Tuncay, S. ve Dirican, E. (2018). Hekimlerin, Defansif Tıp Uygulamaları Hakkındaki Bilgi ve Tutumları, İşe Bağlı Gerginlik ve Tükenmişlik Düzeyleri. Turkish Journal of Family Medicine and Primary Care, 12 (2), 80.; Mutlu, H. H., Mutlu, H. H. ve Ankaralı, H. (2019). Hasta Şikayetlerinin Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Davranışına Etkisi: İkincil Mağdurlar Aile Hekimleri mi?. Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, 24 (3), s.242

[3] Oğuz-Güner, Y. (2018). Sağlık Hizmetlerinde İyileştirme ve Hasta Güvenliği İçin Tıbbi Hatalar ve Malpraktis Nedenleri. Journal of Awareness, 3 (Özel Sayı), 472.

hasta olduktan sonra sağlık hizmetlerinden faydalanmak ve tıbbi bakım alabilmek için sağlık kuruluşlarına ve bu tür kuruluşlarda hizmet sunan doktorlara başvurmadaki temel beklentisi, hastalığından kaynaklanan bedensel ve ruhsal acıdan kurtulmaktır. Tabii ki tıp dalının pozitif bilim olma noktasındaki tartışmalı durumu dolayısıyla hiçbir hastalığın iyileştirilme garantisinin olmadığı unutulmamalıdır. Ancak, yine de bireylerin önlenebilir hekim hataları nedeniyle bedensel ve ruhsal açıdan zarara uğraması hatta ölmesi çağdaş ve insancıl hukuk düzenleri açısından meşru görülebilecek bir durum değildir. Özellikle hekimlerin etiğe, mesleki bilgiye aykırı ihmalleri ve davranışlarının bir hukuk sistemi tarafından engellenmesi hayati önemdedir. Bunun için de toplumsal ve akademik düzeyde farkındalığın yaratılmasının gerekliliği kaçınılmazdır.

1.2.Önem

Tıbbi uygulama hatalarının insanın varlığını ilgilendiren bir konu olması ve tıp biliminin her gün ilerleme göstermesi bu meselenin her geçen gün hem öneminin artması hem de içeriğinin sürekli bir güncellemeye ihtiyaç duymasıyla sonuçlanmaktadır. Bu önem çerçevesinde konunun karşılaştırmalı hukuk bağlamında incelenmesi literatür ve uygulamaya katkı sunması açısından temel önemdedir.

Çağdaş hukuk düzenlerinde sağlık hizmetlerinin sunumunu, ilerleyen teknolojinin de katkısıyla çok hızlı gelişim gösteren bir kurumsallaşma sürecine şahit olmaktadır. Bu sürece, çağdaş hukuk düzenleri de dinamik bir şekilde yanıt vermekte, artan nüfus ve globalleşen dünyanın da etkisiyle etkin ve düzenli işleyen bir sağlık sistemi hem kamusal barış hem de bireylerin sağlıklı yaşam hakkının sağlanmasında başat bir role erişmiştir.[4] Sağlık sektörü bağlamında da doktorlarda malpraktis korkusundan kaynaklanan defansif eğilimler, malpraktis davalarının yarattığı yıkıcı ekonomik etkiler ve nihayet hastaların -dolayısıyla kamunun- sağlık sistemine olan güvenindeki azalma sorunun çok boyutluluğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.[5] Sağlık hizmetlerinin sunumunda temel önemde bir alanı işgal

[4] Artar, C. ve Güçlü, A. (2020). Sağlık işletmelerinde yanlış tedavi sonucu hasta mağduriyetleri ve hukuki boyutunun incelenmesi. Aydın sağlık dergisi, 6 (3), 239

[5] Aydaş, S. (2014). Hekimlerde malpraktis kaynaklı defansif tıp davranışları. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul: Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.; Aygün, A., Karabacak, V. ve Işık, S. H. (2018). Acil servis hekimlerinin tıbbi hukuki sorumlulukları hakkında bilgi, tutum ve davranışları.

eden bu mesele yaşanan olumsuz tecrübelerden dolayı kayda değer oranda gelir, güven ve hizmet kalitesi kaybıyla sağlık hizmetlerinin maliyetinde artışına yol açmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin zaman sınırı tanımaksızın sürekli bir şekilde sunulması gerekliliği göz önüne alındığında hasta-hekim arasındaki güven duygusunun tesis edilmesi, hekimlerin mesleklerini korkusuzca yürütebilmesi temel önemdedir. Hekim ve hastaların karşılıklı olarak hak ve sorumluluklarını bilmesi, olası sorunlarda gidilecek hukuk yollarının belirli olması bu noktada belirleyici husustur.

1.3.Amaç

Bu çalışmanın amacı, sağlık hizmetlerinin sunumunda meydana gelen tıbbi uygulama hatalarının hukuki rejimine ilişkin karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında literatüre katkıda bulunmaktır. Bu bağlamda ikinci bölümde malpraktis ve ilgili kavramlara dair literatür incelemesi sonucunda ulaştığımız kavramsal çerçeve aktarılacaktır. Malpraktis kavramının tanımlanması, tarihi gelişimi, tıbbi müdahale ve malpraktis arasındaki ilişki, komplikasyon kavramıyla malpraktis ilişkisi ve aydınlatılmış hasta onamı bu bölümde incelenen konular arasındadır. Takip eden üçüncü bölümde ise malpraktis olgusunun hukuki açıdan incelenmesine ilişkin temel çerçeve çizilecektir. Bu bölümde tıbbi uygulama hatası meselesinin özgün bir hukuk dalına ait olmayıp özel hukuk, ceza hukuku ve idare hukukunun bileşeninden oluşan karma bir hukuki rejime sahip olduğu belirtilecektir.

Bu kavramsal ve analitik çerçeve doğrultusunda tıbbi uygulama hatalarına ilişkin karşılaştırmalı hukuk çalışmasına esas olarak sekiz adet OECD ülkesi örnek olarak seçilmiştir: Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya, Kanada, Birleşik Krallık, İskandinav ülkeleri ve Polonya. Bu örneklerin seçilmesindeki temel etken, farklı hukuk sistem ve geleneklerinden gelen bu ülkelerin tıbbi uygulama hatalarına ilişkin yapılacak olan karşılaştırmalı bir çalışmanın, Türkiye'de sürekli gündemde olan tıbbi uygulama hatası meselesine ilişkin literatüre yapacağı katkının olumlu olacağı inancıdır.

Kırıkkale üniversitesi tıp fakültesi dergisi, 20 (3), s.325.; Hatta malpraktis iddiaları az da olsa görece daha az ihtimal dahilinde olan psikiyatri alanında dahi gündeme gelebilmektedir. Bulut, M., Mercan, N. ve Yüksel, Ç. (2020). Psikiyatride malpraktis. Psikiyatride güncel yaklaşımlar, 12 (2), s. 195

2. TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS) İLE İLGİLİ KAVRAMSAL ÇERÇEVE

2.1.Malpraktis Kavramının Tanımlanması

Literatürde malpraktis kavramını tanımlayan kaynakların ortaklaşa bir şekilde ifade ettiği hekimlerin hastalara vermiş oldukları maddi ya da manevi zararlar yer almaktadır.[6] Bu zararın temel nedeni ise hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahale yer almaktadır. Kavramın Latince etimolojisine bakıldığında kavramın "male" ile praxis" kelimelerinin birleşiminden geldiği gözlenmektedir. Bu kelimelerden ilki "kötü" anlamına gelirken diğeri ise "uygulama" anlamına gelmektedir.[7] Bu bağlamda malpraktis Türkçede "kötü-uygulama" anlamına gelmektedir. ODTÜ tıp merkezinin sözlüğüne göre kavram "Tıpta yanlış ve özensiz tedavi" şeklinde tanımlanmaktadır.[8] Öte yandan Türk Dil Kurumunun (TDK) sözlüğünde malpraktis teriminin henüz yer almadığı görülmektedir.[9] İngilizce sözlüklere bakıldığında *malpractice* kavramının tıp mesleğinin de dahil olduğu tüm mesleklere yönelik olarak kullanıldığı gözlenmektedir. Collins sözlüğü, "Malpraktis ile suçlanan bir meslek sahibini kendisi için bir avantaj elde etmek için yasaları veya mesleklerinin kurallarını çiğneyen kişi şeklinde tanımlamaktadır".[10] Cambridge sözlüğü "*Malpractice* kavramı işini yaparken doğru veya yasal olarak hareket etmemek, genellikle yaralanmaya veya kayba neden olmak şeklinde tanımlamaktadır".[11] Webster sözlüğü de bu terimi "Mesleki görevin ihmal edilmesi

---

[6] Çınarlı, S. (2013). İdarenin sağlık hizmetinin sunumundan kaynaklanan hukuki sorumluluğu, Ankara: Orion. s.216; Değdaş, C. U. (2018). Hatalı tıbbi uygulamadan (malpraktis) doğan hukuki ve cezai sorumluluk. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (6), 42; Çakmak, C. ve Yalçın Balçık, P. (2019). Sezaryan Yöntemi ile Gerçekleştirilen Doğumlarda Ortaya Çıkan Malpraktis Olgularının Yargıtay Kararları ile İncelenmesi. Jinekoloji – Obstetrik ve Neonatoloji Dergisi, 16 (3), 155; Cortez, N. (2011). A medical malpractice model for developing countries. Drexel Law Review, 4. s.217 Durmuş, V. (2017). A Broad overview of medical malpractice liability policy in turkey. Int journal of health managment and tourism, 2 (2), s.2;

7 Barlıoğlu, C. H. (2018). Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.; https://www.etymonline.com/search?q=malpractice

[8] https://srm.metu.edu.tr/tr/tip-sozlugu

[9] https://sozluk.gov.tr/

[10] https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/malpractice

[11] https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/malpractice?q=malpractice+

veya olağan bir mesleki beceri derecesini kullanamama veya bir kişinin mesleğine ilişkin hizmetler sunarken yaralanma, kayıp veya hasara yol açacak eylemde bulunması şeklinde tanımlamaktadır".[12] Öte yandan İngilizcede tıbbi uygulama hatasının *medical malpractice* ifadesiyle karşılandığı görülmektedir.[13]

Her ne kadar Türkçede malpraktis terimi kötü uygulama olarak çevrilebilse de, bu terim esasen diğer tabirle tıbbi uygulama hatası olgusunu kısa bir şekilde anlatmak için kullanılmaktadır.

Birebir çevirisi "hatalı uygulama" olarak yapılabilecek olan malpraktis terimi, herhangi bir meslek veya disiplinle ilgili olarak kullanılması mümkünken uygulama ve literatürde ekseriyetle tıp mesleği ve hekimlik faaliyetleriyle ilgili kullanıldığından malpraktis denildiği zaman tıbbi uygulama hataları kastedilmektedir. Salt sözlük anlamından yola çıkarsak yalnızca malpraktis kavramı kullanılması durumunda otomatik olarak tıbbi bir meseleyi içermemektedir. Örneğin, hukuk mesleğinde de avukatlara yönelik olarak malpraktis suçlaması kolaylıkla yöneltilebilir. Bir avukatın meslek etiğine, yasal düzenlemelere ve dürüstlüğe aykırı davranış ve ihmalleri de malpraktis ile suçlanmasına yol açabilir.[14] Öte yandan bu tezin amacına yönelik olarak tıbbi uygulama hatası kavramları ile malpraktis kavramı eş anlamlı olarak kullanılacaktır.

Bu bağlamda kavrama dair bir tanım da Dünya Tabipler Birliğinden gelmektedir: "Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar."[15] Tıbbi uygulama hatası esas itibarıyla bir hekimin tedavisini yapmakta olduğu hastasına yönelik olarak tıbbi bakım ve müdahale etkinliklerini yapma aşamasında tıp mesleğini teşkil eden topluluk içinde yaygın bir şekilde benimsenmiş olan normlardan sapması sonucunda hastaya vermiş olduğu zararı anlatmak için kullanılmaktadır. Bu konuda kesin olan oluşan zararda ilgili hekimin mesleki faaliyetleri gerçekleştirirken göstermesi

[12] https://www.merriam-webster.com/dictionary/malpractice

[13] Bal, B. S. (2009). An Introduction to Medical Malpractice in the United States.Clinical Orthopaedics and Related Research, 467 (2), s.341.

[14] Boz, O. Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011. s.21.

[15] "Dünya Tabipler Birliği'nin 44. Genel Kurulu Bildirgesi, 1992." Aktaran: Özlem Özer, vd. "Tıbbi hatalı uygulamalar" *Dicle Tıp Dergisi,* 2015; 42 (3), 394-397; Aküzüm, (2019)

gereken özeni göstermeyip ihmalkâr davranmış olmasıdır.[16] Bu bakımdan düşünüldüğünde malpraktis, tıbbi bakım hizmeti sunan hekim, diş hekimi ya da hemşire gibi sağlık personelin bilgisizlik, dikkatsizlik, tedbirsizlik veya özensizlik yahut hizmet koşulları nedeniyle hastasına uygulaması gereken standart tıbbi fiili yapmaması veya yapması sonucu oluşan zararın öngörülebilir, engellenebilir özelliğine rağmen gerekeni yapmaması, konsültasyonu yapmaması, konsültasyonda gecikmesi ya da standardize uygulamayı usulüne uygun olmayan başka şekilde yapmasıdır. [17]

2.2.Tarihi Gelişimi

Toplumsal, siyasal, mesleki ve akademi düzeyinde malpraktis meselesine yönelik ilgi 1960'lı yıllardan başlamak üzere Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başat olduğu bir şekilde global düzeyde artmıştır. Bu süreç zaman ilerledikçe global ölçekte artmış ve yoğunluk göstermiştir. Öte yandan bu meselenin tarihi daha da eskilere uzanmaktadır. Örneğin, XIV. yüzyılın sonlarında İngiltere'de mahkemeler hekimlerin hata ve kusurlarından bahsetmeye başlamışlardır. Örneğin, Stratton*/Swanlond* davasının anlattığına göre "Cerrahlık mesleğini yürüten John Swanlond, eli yaralanmış bir hastayla belirli bir ücret mukabilinde yaralanma sonucunda elini kullanamayan hasta ile bir sözleşme yapmıştır. Fakat gerçekleştirilen tedaviyle birlikte hastanın durumu daha da kötüleşmiş, elinde kalıcı ve ağır bozukluklar oluşmuştur. Bu durum karşısında hasta, cerrah Swanlond'a dava açmıştır. Bu davada mahkeme, doktorun kendi hatasından kaynaklanacak bir şekilde hastaya zarar vermesi durumunda sorumlu olduğunu fakat doktorun mesleğini özenli bir şekilde yerine getirmesine rağmen tedavide gerçekleşen başarısızlığının sorumluluğunun doktorda olmadığı kararına varmıştır". Bu davanın tarihsel önemi, çağdaş malpraktis hukukunun temellerini ve konuyla ilgili kriterleri saptamasında yatmaktadır. [18]

2.3.Tıbbi Müdahale ve Malpraktis Arasındaki İlişki

[16] Sonny Bal, (2009), "An introduction to medical malpractice in the United States" *Clinical Orthopaedics and Related Research*, 2 (467), 339-347; 341.

[17] Yaşar Bilge, Tıpta uygulama hatalarının adli tıp yönünden değerlendirilmesi, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları. Ed: Yaşar Bilge ve İ. Ethem Geçim., 2012, http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/842.pdf (Erişim Tarihi.:23..05.2021)

[18] Field,-R.-I (2011).-The-Malpractice-Crisis-Turns 175: What-Lessons-Does-History-Hold-for-Reform.? Drexel-Law-Review, 4, (1), s. 11.

Tıbbi uygulama hatasından bahsedebilmek için kaçınılmaz olan başlıca koşullardan ilki tıbbi müdahalenin varlığıdır. Tıbbi müdahale terimi de çok sayıda tanıma sahiptir. Bu tanımlardan yola çıkarak tıbbi müdahalenin öncelikle insan vücuduna yönelik tıp biliminin bilgi verileri doğrultusunda gerçekleştirilen her türlü müdahale anlaşılmalıdır. Bu çerçevede tıbbi hizmet sunmaya ehil sağlık meslek erbabının bireylerin yaşamlarının korunması, sağlıklarının iyileştirilmesi ve bedensel bütünlüklerini tehdit eden her türlü ruhsal ya da fiziksel sorunların önlenmesi teşhisi ve tedavisi için gerekli olan her türlü eylem de tıbbi müdahale kapsamındadır.[19] Bundan başka bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak ele alınabilmesi için tıp bilimi tarafından genel ve yaygın bir şekilde kabul gören kural ve teknik gereksinimlere uygunluk da bu kavramın tanımlanmasında belirleyici niteliktedir. Bu bağlamda bireylere aşı yapılması veya gebeliği önleme amaçlı spiral takma gibi en basit önlemler tıbbi müdahale olarak tanımlanabilir. Öte yandan karmaşık ve riskli ameliyat, organ nakli, cerrahi operasyon ve tüp bebek gibi girişimler de tıbbi müdahale terimi ile anlatılan eylemler arasında sayılabilmektedir.[20]

Tür ve içeriğinden bağımsız bir şekilde bir hekimin ya da diğer sağlık personelinin herhangi bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken bilgisizlik, deneyimsizlik veya ilgisizlikten kaynaklı olarak hastaya zarar vermesi söz konusu olduğunda ortada bir tıbbi uygulama hatası sorunu çıkacaktır.[21] Buna ek olarak hastanın iyileşmek ya da hayatta kalmak için gereksinim duyduğu tıbbi müdahalenin yapılmaması ya da bu müdahalenin çok geç olarak yapılması halinde hastanın zarar görmesi durumunda da tıbbi malpraktis söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda hukuki açıdan korunan değer, kişilerin vücut bütünlüğüdür. Tıbbi müdahalenin hepsi aslında vücut bütünlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Ancak iyileştirme ya da hayat kurtarma bu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren temel hukuka uygunluk nedenidir. Bu hukuka uygunluğun saptanması da tıbbi müdahalenin özünden kaynaklanan bir takım alt unsurlara bağlıdır. Bunlar da tıbbi müdahalenin yasal olarak yetkilendirilmiş sağlık meslek mensubu tarafından gerçekleştirilmesi,

[19] Güney T. I. (2019). Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisanüstü Eğitim Enstitüsü. s.467.

[20] Hakeri, H (2016) Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık. s. 26.

[21] Özkaya, N. ve Elbuken, B. (2018). Sağlık profesyonellerinin hatalı tıbbi uygulamalarından doğan yasal sorumlulukları: hekim haricindeki sağlık meslekleri özelinde. Sağlık ve Sosyal Politikalara Bakış Dergisi, 2 (2), s.109-111

uygulanan tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi ve hastanın aydınlatılmış onamının alınması şeklindedir.[22]

2.4.Komplikasyon Kavramı ve Malpraktis ile İlişkisi

Tıbbi uygulama ve müdahalelerin tümünde işin doğası gereği risk kaçınılmazdır. Tıbbi uygulamaların hepsinin bu risklerin gözetilmesi suretiyle hastanın yarar ve zararına olan hususların dengeli bir şekilde tartılmasıyla gerçekleştirilmesi gerekir. Bu süreçte komplikasyon kavramı tıbbi müdahale sonucunda ya da sonrasında oluşması çeşitli derecelerde muhtemel olan risk ve zararları anlatmak için kullanılır. Hukuki açıdan bu riskler izin verilen riskler olarak tanımlanır.[23] Komplikasyonlar, oluşabileceği kesin olarak bilinen ya da oluşması olasılık halinde öngörülen risklerdir. Hukuk alanında, izin verilen risk şeklinde geçen bu kavramın tıptaki adı komplikasyondur.[24] Komplikasyonlarla ilgili olarak hekimi sorumluluktan kurtarmaya yönelik en önemli husus bir tıbbi müdahale öncesinde hasta ve hasta yakınlarının bilgilendirilmesi ve onamlarının alınmasıdır. Öte yandan bir sağlık personelinin kalitesini ve güvenlirliğini arttıran en temel husus her bir hastada uyguladığı tıbbi müdahale ve uygulamaların hastada yaratabileceği komplikasyonları önceden öngörerek komplikasyonun meydana gelmesi durumunda da erken müdahale etmesidir.[25]

Komplikasyon, bir hastalığın tedavisi esnasında başkaca bir hastalık ya da fizyolojik arıza şeklinde meydana gelmektedir. Bu alınması gereken her türlü önlemin alınmış olmasına karşın oluşması önlenemeyen zarar şeklinde de tanımlanabilir. Dolayısıyla komplikasyon riskinin doğmaması için her türlü önlem alınmış olmasına rağmen engellenmesi mümkün olmayabilir. Ancak bu noktada hekim sorumluluktan kurtulamamaktadır. Bir komplikasyonun öngörülememesine ve engellenememesine rağmen oluşması halinde onun tedavisi ve ortadan

---

[22] Hakeri, 2016,. **agk.,**170.

[23] Pakel, D. E. (2019). Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.

[24] G. Çetin-C. Yorulmaz (2006) Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 32.

[25] Dündar, T. T. (2018). Nöroşirürjide Malpraktis ve Komplikasyon Kavramları. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul: Bezmialem Vakıf Üniversitesi Dragos Hastanesi, 14.12.2018, (Ed.: Çakır, M.), s.153.; Hakeri, H. (2014) Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı. http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf (Erişim tarihi: 23.05.2021).

kaldırılması da hekimin sorumluluğundadır. Tabii ki bu bağlamda tıp bilminin ve insan fizyolojisine dair bilgi birikiminin her gün ilerleme gösterdiği düşünüldüğünde, bir komplikasyondan dolayı hekimin malpraktisten suçlanmaması için yapılması gereken önemli işlem hastalara zamanında yeterli bilgi verilmeesi ve yapılması planlanan tüm tıbbi işlem ve müdahaleler için hastanın olası komplikasyonlardan haberdar olduğunu belirtir şekilde hastanın yazılı onayı alınmalıdır.[26]

Sağlık çalışanları, malpraktisten kaynaklı olarak sorumlu tutulmalarına karşın, komplikasyonlardan dolayı sorumluluklarının olmadığı düşünülmektedir. Tabii ki bu noktada tartışma yaratması muhtemel olan husus malpraktis ve komplikasyon arasındaki sınırın çizilmesi meselesidir. Bu çerçevede tıp mesleği çalışanları bir tıbbi müdahalenin öngörülebilir sonuçlarını istisnasız bir şekilde komplikasyon olarak kabul etme eğilimindedirler. Öte yandan hukukçular, ortaya çıkan zararda sağlık çalışanına yüklenecek bir kusurun olup olmadığının saptanması gerektiğini savunmaktadırlar. [27]

Hiçbir tıbbi müdahale risk ve zararlardan azade değildir.

> ‘'Günümüz hukuk anlayışında, hekimler ve diğer sağlık personeli çalışmalarını izin verilen risk kavramı çerçevesinde yerine getirirler. Bu nedenle sağlık personeli, çalıştığı birimin olanakları ölçüsünde gerekli önlemleri önceden almalı, zorunlu haller dışında riskli tedavilerden kaçınmalıdır. Bu durumda sağlık personelinin yeterli özeni gösterip göstermediği araştırılır. Gösterilecek özenin ölçütü tıbbi eylemi gerçekleştiren sağlık personelinin eşdeğeri statüde bulunan, ortalama bir sağlık personelinin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özendir. İzin verilen risk olarak ifade edilen, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde hareketleri dolayısıyla kötü sonuçlar meydana gelse bile hekime sorumluluk yükletilmemektedir.”[28]

Artık burada bir hekim veya başkaca bir sağlık personelinin gerekli özeni göstermiş olduğu ve ilgili komplikasyonu kontrol altına almaya çalıştığı kabul edilir. Böyle bir olasılık halinde artık ilgili tıp personelinin herhangi bir kusurunun bulunduğu iddia

---

[26] Kuzgun, Ü. (2019). Komplikasyon mu? Malpraktis mi?. TOTBİD Dergisi, 98 (101), s.99

[27] Hakeri, (2014), agk, 23

[28] H. Hancı (2005) “Malpraktis mi Komplikasyon mu?” https://www.mevzuatdergisi.com/2005/06a/02.htm ; Özcan, Z. (2018). Malpraktis - Komplikasyon Ayrımının Önemi. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul: Bezmialem Vakıf Üniversitesi Dragos Hastanesi, 14.12.2018, (Ed.: Çakır, M.), s.201

edilemeyecektir.[29] Kimi hallerde hastanın kişisel ve/veya kaynaklanan sebepler sonucunda arzu edilmeyen sonuçların ortaya çıktığı gözlenebilmektedir. Örneğin penisilin kullanımı bu bağlamda sıklıkla karşılaşılan örneklerdendir. Anılan ilaç ve türevleri tıpta tedavi etkinliği, kolaylıkla elde edilebilmesi, geniş spektruma sahip olması ve ucuzluğu nedeniyle sıklıkla tercih edilen ve kullanılan bir ilaçtır. Öte yandan bu ilaç kimi bünyelerde en az dozuyla bile anaflaktik şok nedeniyle ölümle sonuçlanabilmektedir.[30]

2.5.Aydınlatılmış Hasta Onamı

Aydınlatmak temel itibarıyla hastanın bilgilendirilmesi demektdir. Yapılması planlanan tıbbi müdahale ve tedavi gibi durumlarda öncelikle hastaya gerekli bilgilendirilmenin yapılması gerekmektedir. Aydınlatma kavramıyla kastedilen tıbbi uygulamayı gerçekleştirecek olan sağlık personelinin hastayı tedavi ve tıbbi müdahale süreciyle ile ilgili olarak bilgilendirmesi işlemidir. Onam kavramıyla anlaşılması gereken de hastanın kendisine yapılması öngörülen teşhis ve tedavi sürecindeki işlemleri kabul veya reddetmesi arasında bir tercih yapmasıdır. Aydınlatılmış onamdan anlaşılması gereken ise bu onay verme veya kabul etmeme kararının hastaya, hastalığı ve tedavisiyle bağlantılı olarak sunulan bilgiyle ilgili olan karar verme halidir. Sağlık personelinin girişeceği her türlü tedavi ve tıbbi uygulama/müdahale eylemlerinde hastalardan onay almaları şarttır. Hastaların onam vermeyi reddetme hakları bulunmaktadır ve bu hayati önemdedir. Örnek olarak hastanın bir ameliyata alınması planlanıyorsa bu durumda ameliyatın gerçekleşmesinden önce hastadan yazılı şekil şartına uygun şekilde bir aydınlatılmış onam formunu doldurması ve imzalaması istenmelidir. Bu formda meydana gelebilecek her türlü komplikasyon ve riskin bulunması gerekmektedir.[31]

Tıbbi personelin tıbbi bakım hizmeti sunarken ya da tıbbi müdahalede bulunurken gerçekleştirdiği eylemlerin temel hukuka uygunluk kaynağı işte bu onamdır. Söz konusu onamı hasta, hastanın bilincinin ve sağlığının elvermediği durumlarda ise yakınlarının vermesi gerekmektedir. Hasta ya da onun adına hukuki

[29] Özcan, Z. ve Özcanoğlu, B. A. (2020). Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8 (16), s.291-295.

[30] Aydaş, (2014), **agk.,** 60

[31] Oktay, O. A. (2020). Ortopedi ve Travmatoloji Uygulamaları Açısından Aydınlatılmış Onam. TOTBİD Dergisi, (19), s.39.; Altun, A. (2018). Küçüğün tıbbi müdahaleye rızası. Necmettin Erbakan Üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, 1 (1), 42.

olarak karar alma hakkına sahip olan kişilerin onamının bulunmadığı, eksik ya da yanlış bir biçimde bulunduğu her türlü tıbbi girişim hukuka aykırı sayılacaktır. [32] Bunun sonucunda sağlık çalışanlarının ihmalinin bulunduğu varsayılacaktır. Bununla bağlantılı olarak ilgili hekim veya sağlık çalışanının hukuka aykırı davrandığı kabul edilecek ve doğacak olan zararlardan dolayı hukuki, cezai ve de idari sorumluluğu gündeme getirilecektir.

Aydınlatıcı onamdan bahsedebilmek için şu unsurların bir arada varolması gerekmektedir[33]:

Karar verebilme kapasitesi,
Gönüllülük,
Yapılan işlemle ilgili açık, anlaşılabilir bilgiler verilmesi,
Önerilerde avantajların ve dezavantajların anlatılması,
Risklerin anlaşılır şekilde anlatımı,
Cerrah veya anestezistin anlattıkları sonunda kararı hastanın vermesi,
Hastanın özerk yetkisi.

Bu unsurları özetlemek gerekirse, aydınlatılmış onam kavramı, hastanın fayda ve riskler konusunda açık bir dille bilgilendirilmesi, hastanın da dezavantaj ve avantajları ölçüp tartarak özerk bir şekilde karar vermesiyle kendisi için en uygun kararı vermesidir.

3. TIBBİ UYGULAMA HATALARININ HUKUKİ AÇIDAN İNCELENMESİ

3.1.Genel Olarak

Gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk hukukunda malpraktis, kendine özgü bir hukuk alanına sahip olmaktan çok çeşitli hukuk dallarının konusunu oluşturmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, sonucu malpraktis olan tıbbi müdahale, girişim ve tedaviler hekimlerin kusura dayalı olan sorumluluğunun yarattığı sonuçlar çerçevesinde özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku bağlamında

[32] Örnek-Büken, N. (2018). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı **(**Ed: Bulut, N.), TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu, Ankara: Ankara Türk Tabipleri Birliği Yayınları, s.96.

[33] Özçetin, (2016), s. 15.

incelenmektedir.[34] Hasta ve hekim arasında sözleşmeye dayanan bir özel hukuk ilişkisi kurulabileceği gibi, hasta uğradığı zararın tazminini haksız fiil hükümlerine dayanarak da isteyebilir. Benzer bir şekilde sözleşme öncesinde görüşmenin gerçekleştiği aşamada yer alan bir görüşme kusuru *(culpa in contrahendo)* sözleşme tarafından öngörülen bir borç ilişkisinden kaynaklanan edim yükümlerine aykırı kusurlu davranış veya vekâletsiz iş görmek de hekimin malpraktisten sorumlu tutulacağı temel hukuki çerçeveler olarak karşımıza çıkmaktadır.[35]

Konuya Türkiye örneğinden bakacak olursak, Türkiye'de sadece tıbbi uygulama hatalarına özgün bir hukuki rejim yapılandıran özel nitelikte bir kanun henüz yürürlükte bulunmamaktadır. Malpraktise yönelik uygulanan genel hukuki çerçeve farklı farklı kanuni düzenlemelerin meseleye uygulanabilecek hükümlerinden müteşekkildir. Bu doğrultuda şu kanunlardan bahsedilebilir: 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Devlet Memurları Kanunu (DMK), 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, Hususi Hastaneler Kanunu, Hasta Hakları Yönetmeliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Türk Ceza Kanunu (TCK).[36] Nitekim dördüncü bölümde de görüleceği gibi, inceleme konusu ülkelerde de durum benzer bir görünüm arz etmektedir.

3.2.Tıbbi Uygulama Hatası ve Özel Hukuk

Özel hukuk çerçevesinde düşünüldüğünde, malpraktis iki temel şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki sözleşmeye aykırılıktır. Bu yaklaşıma göre hekimle hasta arasında bir sözleşme varsa sözleşmenin ifa edilme aşamasında gerçekleşen tıbbi uygulama hataları sözleşmeye aykırılık olarak ele alınabilir. İkinci yaklaşımda ise haksız fiil durumu söz konusudur. Burada hekimin ihmal ya da hatasının olması, hastanın bir zarara uğramış olması ve ihmal ya da hata ile zarar arasında bir

[34] Demir, M. (2008). Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu. Ankara üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, 57,(3), 228.; Yalvaç, G. Hukusal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları. Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları Ed: Yaşar Bilge ve İ. Ethem Geçim. https://www.medikolegalduzlem.com/upload/fc3cf452d3da8402bebb765225ce8c0e.pdf (Erişim tarihi: 28.05.2021).

[35] Demir, 2008, **agk.,** 228.; Aküzüm, U. (2018). Danıştay kararları ışığında tıbbi uygulama hataları. Tıp hukuku dergisi 7, (13), s.72.

[36] Gemalmaz, A. (2014). Aile hekimliğinde tıbbi uygulama hataları. Türkiye Klinikleri, 5 (1), s.60.

nedensellik bağının kurulmasının öngörüldüğü haksız fiile dair genel hukuki rejim burada uygulama alanı bulacaktır. [37]

3.3.Tıbbi Uygulama Hatası ve Ceza Hukuku

Ceza hukuku çerçevesinde hekimlerin ihmalden ya da hatadan kaynaklanan kusurlu hareketlerinin kanunlar tarafından suç şeklinde tanımlanması durumunda ceza hukuku bağlamında sorumlu olacaklardır.[38] Bu doğrultudaki cezai sorumluluğun tesisinde ceza hukukunun öngördüğü genel amaçlara ek olarak, suçun caydırıcı unsurunun hekimlere yönelik "Bir psikolojik etkinin yaratılacağı düşüncesiyle, hekimlik mesleğini daha disiplinli, dikkatli ve özenli yürütmesini sağlamak" olduğu ileri sürülebilecektir. Bu bağlamda hekim ve diğer sağlık çalışanlarının "Tıbbi ceza hukuku" sorumluluğuna sahip oldukları söylenebilir. Bu tür bir sorumluluğun oluşabilmesi için ilk koşul malpraktise neden olan bir eylem ya da müdahalenin suç teşkil edip etmediği ve cezalandırılabilir nitelikte olup olmadığının saptanmasına ihtiyaç vardır. İkinci koşul olarak da somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle ve "Tıbbî yarar–tıbbî risk dengesi de göz önünde bulundurularak, hekime isnat edilen eylemin tipik bir suçun konusunu oluşturup oluşturmadığına karar verilir". Malpraktise yol açan bir hareketle ortaya çıkan sonuç arasında ceza hukuku bağlamında bir neden sonuç ilişkisi kurulduğunda ilgili suç türüne yönelik olarak öngörülmüş olan cezanın da ilgili sağlık çalışanına uygulanması gündeme gelecektir.[39]

3.4.Tıbbi Uygulama Hatası ve İdare Hukuku

İdare hukuku açısından malpraktis, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin idare tarafından sunulmasında meydana gelen aksaklıklar çerçevesinde ele alınması gereken bir durumdur. Bu çerçevede tanımı idare hukuku açısından "Malpraktis,

---

[37] Değdaş, 2018, **agk.,** 52

[38] Caymaz, M. ve Demir, A. (2014). Sağlık personelinin tıbbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluğu. Ekonomi ve sosyal araştırmalar dergisi, 1 (1), s.12-15 ; Birtek, F. (2015). Tıbbi uygulama hataları bakımından taksir-bilinçli taksir ayrımı. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10, (1), 64.; Duysak, M. (2009). Hekimin tıbbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluğu, Hukuk gündemi dergisi, 3, s.25-28 Genel olarak: Coşkun İnce, Ş. (2020). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Malatya: İnönü Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

[39] Demir, (2008), s.228-229

sağlık hizmetini yürütmekle yetkili olan idari ajanın yani hekimin, bilgisizlik, deneyimsizlik, ilgisizlik nedenlerinden biri veya birkaçından dolayı hastaya zarar vermesidir".[40] Bu noktada idare hukuku bağlamında sağlık hizmetlerinin kamu hizmetinin bir türü olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Bu tür etkinliklerde hastalarda hak sahibi, idare de kimi kamusal yükümlülüklere sahip olan taraftır. Bu doğrultudaki en temel unsur sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak devlet tarafından bireylere yeterli sayıda sağlık tesisi ve sağlık personeli sağlama yükümlülüğü akla gelmektedir. Nitekim Anayasamıza göre "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir."(Md.56) Özetle, idare hukuku açısından kişilerin durumu kamu hizmetinden faydalanan kişi olarak tanımlanırken, devlet yani idare de kamu hizmetini sunma yetki ve görevine sahip olan taraftır. Bunun sonucu olarak da devletin sağlık hizmetlerini bireylere sunduğu ilişkide kamu hukukunun temel kriterleri belirleyici olmaktadır. Bu hukuki çerçeve sınırları içinde hizmet sunan, başta hekimler olmak üzere tüm sağlık personeli özel hukuk bağlamında değil, idare hukukunun sorumluluk ilkeleri bağlamında sorumlu tutulacaklardır.[41]

Bunun doğal sonucu olarak da özel hukuk bağlamındaki sözleşme hukukundan farklı bir biçimde bu sorumluluk türünü idare hukukuna dair sorumluluk konusu çerçevesinde ele almak gerekir. Bu çerçevede idarenin kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu olmak üzere iki tür sorumluluğu bulunmaktadır. Bunlardan ilki idarenin kusurlu bir hareketi ile nedensellik bağı kurulan tazmin edilebilir bir zararın varlığıdır. Kusursuz sorumluluk terimi ile ise bazı hallerde idarenin herhangi bir biçimde hatası ya da kusuru olmasa dahi davranışı sorumlu olması ihtimalini anlatmak için kullanılır. [42]

Kusura dayalı sorumluluk durumlarına örnek olarak sağlık hizmetlerinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi durumlar sayılabilir. Böylesine

[40] Aküzüm, 2018, **agk.,** 78.; Ayrıca bkz.: Akgül, A. (2016). İdarenin sağlık hizmetlerinden doğan tazmin sorumluluğu ve Danıştay'ın yeni yaklaşımı. Gazi üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, 20, (1), s.273-274.

[41] Bayındır, S. (2007). Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimin Sorumluluğu. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11, (1-2), s.553.

[42] Bayındır, 2007, **agk.,** 557.

durumlarda idarenin hizmet kusurunun olduğu saptanır. Bu kavram aslında normalde açık bir yasal temeli olmayan ve idari yargının içtihatlarıyla tanımlanan ve içeriği evrilen bir sorumluluk türüne işaret etmektedir. [43] Hizmet kusuru söz konusu olduğunda bir hatalı uygulama nedeniyle zarar gören bir hastanın idarenin eylemine neden olan kusurunun oranına bağlı olarak tam yargı davasıyla tazminat talebinde bulunabilir. Öte yandan kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunda genel olarak idare hukuku bağlamında kusursuz sorumluluğun çeşitli ilkelere dayandırıldığını hatırlamak gerekmektedir. Bu ilkelerde "Risk ilkesi" bazı idari etkinliklerin niteliğinden dolayı toplumsal yaşamda risk taşıması sebebiyle bu riskten kaynaklanacak olası yükün bireylere bırakılmaması gerekliliğine dayanmaktadır. İkinci olarak "Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi" ne gelince bu, kamunun genel iyiliğini amaçlayan ancak belirli bireylerin çıkarlarını zedeleyen idari eylem ve işlemlerin söz konusu olması halinde idarenin kusuru olmasa da sorumluluklarına hükmedilebilmesi anlaşılmalıdır.[44]

Malpraktis davalarında asıl olarak kusura dayalı sorumluluk ilkesinin benimsenmesi makul bir eğilim gibi görülmektedir. Gerçekten de kusursuz sorumluluk hekimlerin bazı durumlarda hastaya müdahalede isteksiz davranmalarına yol açar. Bu noktada, hastanın tamamen hekimin yetenek ve bilgisine bağlı olduğu, hâkim tarafın bilgi ve donanımı daha fazla olan hekim olduğu, hekimin daha güvenilir ve etkin bir tedavi temini konusunda hastaya nazaran daha iyi bir konumda bulunduğu ileri sürülebilir. Ayrıca kusursuz sorumluluğun kabulünün belki uygulama hatalarına karşı caydırıcı etki oluşturabileceği de düşünülebilir. Ancak tıbbi hizmet toplumun önemli bir ihtiyacıdır ve hizmetin gönülden yapılmasında temel önemi haizdir. Kusursuz sorumluluğun kabulü, tıbbi hizmetin maliyetini de artırıcı etki yapacaktır. Toplumun iyiliğine olan husus, kusur sorumluluğudur. [45]

Ne var ki bu yaklaşımın ikna ediciliği kadar kimi durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesine başvurulması da aynı oranda meşru görülebilir. Bu anlayışa göre tıbbi müdahalenin niteliği doğal olarak risk içerdiğine göre risk ilkesinden yola

[43] Odyakmaz, Z. (2011). İdare hukuku açısından hasta hakları uygulamaları. TAAD, 1 (5), s.11

[44] Gözler, K. ve Kaplan G. (2017). İdare Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Yayıncılık s. 761.; Aküzüm, 2018, **agk.,** 82.

[45] Hakeri, 2014. **agk.,** 25.

çıkılarak, idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği savunulabilir. Odyakmaz'a göre "Bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri için ağır hizmet kusuru yerine sosyal risk ilkesi gereğince 'kusursuz sorumluluk' a göre karar vermelidirler."[46] Bu görüş Anayasamızın 2. maddesinde de yer alan sosyal hukuk devleti ilkesine dayandırılmaktadır.

Bu bağlamda hizmet kusuru ile hekimin görevinden kaynaklanan kusuru arasındaki anlam ve içerik farklılığını da hatırlatmak gerekmektedir. Bu anlam ayrımı sağlık hizmetlerinin idare tarafından sunulmasında hekime rücu edebilmesi noktasında önem teşkil etmektedir. Buna ek olarak tıbbi uygulama hataları aslında idarenin sağlık hizmetlerinin sunumundaki kusurlu sorumluluğunun da bir alt türü olarak ele alınmakta ve yargı organları tarafından hekimin tıbbi uygulama hatası yapıp yapmadığı da hukuki açıdan görevsel kusura sahip olup olmadığı çerçevesinde incelenmektedir. Bu bağlamda görevsel kusuru, "Bir kamu görevlisinin kamu hukukuna tâbi bir görevi yaparken görevin gereği olarak bir zarar doğurucu tutum ve davranışta bulunması" şeklinde tanımlanabilir.[47] Görevsel kusur hizmet kusurundan farklı olarak öznesi belli olan yani "anonim" nitelikte olmayan bir kusur türüdür. Buradaki kusur idarenin diğer yapısal unsurlarından farklı olarak somut bir kişinin somut bir hareketine bağlanabilen bir kusur türüdür. Bu açıklamadan da anlaşılabileceği gibi sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğunun bir alt başlığı olan malpraktis davaları da hekimin görevsel kusuru çerçevesinde incelenmekte ve sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklık unsurlarının dışında bir idari uyuşmazlık konusunu teşkil etmektedirler. Görev kusurunun hekimin şahsında kişiselleştirilebilmesi ile bir taraftan malpraktis olgusuna dair birikim yargı organları tarafından kullanılırken diğer taraftan hekim faaliyetlerinin kamu hukuku çerçevesindeki temel amacı olan sağlık hizmetlerinin sunumuyla bir araya getirilerek idare hukuk yaklaşımı inşa edilmiş olmaktadır. Bu bağlamdaki görev kusuru da sağlık hizmetlerinin sunulmasında "Geniş anlamda hizmet kusuruna dâhil olan ve fakat (hekimin) görevinin niteliğine, görevin gereklerine bağlanabilen ve nihayet (hekim) şahsında somutlaştırılan bir kusur olarak"[48] tanımlanabilir.

[46] Odyakmaz, 2011, **agk.,** 44.

[47] Odyakmaz, 2011, **agk.,** 18.

[48] Odyakmaz, 2011, **agk.,** 18.

3.5. Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu

3.5.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Bir hekimle hastası arasında bir sözleşmenin tesis edilmiş olması halinde bu sözleşmeyle bağlantılı olarak hekim üzerinde kimi yükümlülüklerin oluştuğu borçlar hukukunun genel ilkelerinden yola çıkılarak söylenebilir. Bu çerçevede sözleşmeye taraf olan hekim bu sözleşme bünyesinde tarif edilmiş bulunan yükümlülüklere aykırı davranırsa o halde sözleşmenin karşı tarafında bulunan hastanın maruz kaldığı zararı tazmin etmek zorundadır. Bu tür sözleşmeler "teşhis ve tedavi sözleşmesi"[49] ya da "hekimlik sözleşmesi" olarak tarif edilmektedirler.[50] Bu tür sözleşmelerin temel konusu hastanın iyileştirilmesi ya da tıbbi bakım hizmeti alması olduğuna göre sözleşmenin konusunun esası bireylerin maddi ve manevi bütünlüğünden oluşmaktadır. Bu nedenle bu tür sözleşme sonucunda ortaya çıkan sorun ve uyuşmazlıklarda hâkim takdiri görece daha sınırlı olup irade özgürlüğü de bu çerçevede sınırlı bir çerçevede ele alınmalıdır. Bu doğrultuda oluşturulan sözleşmenin temel hedefi hastanın, hekime başvurmuş olan hastanın, sağlığı ile deneyimlediği problemlerin giderilmesi için lüzumlu olan tıbbi müdahalenin başvurulan doktor tarafından gerçekleştirilmesidir.[51]

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusuyla ilgili olarak herkesin üzerinde oydaştığı bir tanımlamaya ulaşmak oldukça zordur. Öğreti bu konuda genel olarak bu şekilde bir sözleşmenin genel itibarıyla bir tür vekâlet sözleşmesi olduğu şeklindedir. Vekâlet sözleşmesi, vekile temsil ettiği kişinin çıkar ve iradesiyle uyumlu bir sonuca ulaşmayı amaçlayan bir iş yapma ve bunu da görece bağımsız bir şekilde gerçekleştirme borcunu doğuran bir sözleşmedir. Bu türdeki sözleşmenin konusu bir işin görülmesi ya da yapılması olup sözleşmeye konu olan edim zaman sınırlaması olmadan ve ulaşılmak istenen sonucun gerçekleştirilmesi kesin olarak garantilenmeksizin yüklenilmektedir. Başka bir deyişle hekim,

[49] Korkmaz, Y. (2019) Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu. TBB. (140), s.284.

[50] Demir, (2018), agk.,232

[51] Alkanat, M. B.(2002). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 11,(5),s.178

hastasına tıbbi yardımda bulunma edimini yüklenir ve en iyi ihtimalle tedavisinin başarıya ulaşacağına dair mesleki içerik ve doğrultuda bir söz verebilecektir.[52]

Sözleşmede bir ücret talep edilmesi sözleşmenin geçerli olabilmesi için olmazsa olmaz bir koşul niteliğinde değildir. Başka bir deyişle hekim bir maddi karşılık beklemeksizin ya da bu ücretin miktarı da belirlenmeksizin vekâlet sözleşmesi tesis edebilirler. Bundan başka gerek hasta gerekse hekimin bu vekâlet sözleşmesinden caymaları mümkündür. Sözleşme çerçevesinde vekil, müvekkili çıkarına bir iş gerçekleştirirken ya da bu doğrultuda bir hizmeti yerine getirirken bir harcama yapması durumunda müvekkilin bu harcamaları sonrasında karşılaması gerekmektedir. Bu şekliyle bir vekâlet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Hekimle hasta arasında tesis edilmiş bulunan ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmediği iki istisnadan bahsedilebilir. Bunlar estetik cerrahi operasyonlar ile diş protezi uygulamalarıdır. Bu istisnai yaklaşımın temelinde bu iki alanın bireylerin acil sağlık bakım ihtiyaçlarının giderilmesinden ziyade estetik açıdan arzu edilen hizmet alımı çerçevesinde düşünülmesi yatmaktadır. Dolayısıyla estetik cerrahi operasyon ile yine diş hekimliğinin sağlık boyutundan ziyade estetik boyutuyla ilgili olan diş protezi vs. gibi hizmetler eser sözleşmesi olarak değerlendirilebilirler.[53] Bunun hekimin sorumluluğuna olan temel etkisi bu tür sözleşmelerde hekimin sözleşmede belirtilen somut sonuca ulaşmadaki sorumluluğunun daha fazla olabilmesidir.[54]

3.5.2. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk

Hekim ile hastası arasında sözleşme ilişkisinin kurulma olanağının bulunmadığı özel bir takım hallerde hekimin vekâletsiz iş gördüğü varsayılabilir. Bu bağlamda, hastanın aydınlatılmış onamının alınmasına olanak olmayan, acil tıbbi müdahaleler hatırlatılmalıdır. Trafik kazaları, kalp krizi, yangın, elektrik çarpması ve boğulma gibi olaylarda çoğunlukla acil tıbbi müdahalelere ihtiyaç vardır ve hastanın da bilinci kapalıdır ve zaruret hali bulunmaktadır. Bu tür durumlarda gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde hekimin sorumluluğu bu çerçevede düşünülebilir. Hekimlerin

[52] Öztürkler, C. (2006). Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk,Teşhis,Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden-Doğan Tazminat Davaları Ankara:SeçkinYayıncılık. s. 140

[53] Bu konuda bkz.: Kurt, G. M. (2020). Estetik müdahaleler için kurulan sözleşmelerde cerrahın yükümlülükleri. Ankara Barosu Dergisi, 2, s.115-117

[54] Demir, M. (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (3), 238

zaruret durumunda hastanın tıbbi bakımını gerçekleştirmesi gerekli müdahaleyi yapması mesleki bir zorunluluktur. Bu tür acil zaruret hali teşkil eden durumlarda hastaların varsayılan bir rızalarının olduğu kabul edilmektedir. Hekimin tıbbi müdahalesinin vekâletsiz iş görme sayılabileceği bir diğer örnek de hastanın ameliyat esnasında önceden tahmin edilemeyen dolayısıyla hastaya ameliyat başlamada önce yapılmış olan aydınlatma çerçevesinde hastanın bilgilendirilmediği bir sorunun ortaya çıkması halinde yapılan müdahaledir. Burada önemli olan ortaya çıkan bu sorunun hastanın hayatını tehlikeye atması ya da ona zarar verme olasılığının olmasıdır. Ancak o zaman hekimin vekâletsiz iş görme edimi, hukuka uygun hale gelebilir.[55]

3.5.3. Görev ve Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluk

Görev ve hizmet kusuru, hekimin kamuya ait bir sağlık kuruluşunda mesleki faaliyet göstermesi halinde gündeme gelmektedir. Kamuya ait bir hastanenin teknik donanımlarının yetersizliği ya da elverişsizliğinden kaynaklanan nedenlerle sağlık hizmetinin sonucunda hastada bir zararın ortaya çıkması durumunda hizmet kusurundan bahsedilebilir. Hizmet kusuruyla bağlantılı olarak sorumlu aktörün idare olduğu varsayılmaktadır. Kamu görevlilerinin görevini layıkıyla gerçekleştirmemesi nedeniyle zararın oluşması halinde de görev kusurundan bahsedilebilir. Kamuya ait bir sağlık kuruluşunda görev yapan bir hekimin görev kusuruyla bağlantılı bir şekilde zarara yol açması durumunda asıl sorumlu olan ilgili hekimin çalışmakta olduğu kamu kurumudur. Böylesine bir olasılık söz konusu olduğunda hastanın zararını tazmin etmek zorunda kalan idare yapmış olduğu ödeme için daha sonra sorumlu sağlık çalışanına rücu edebilir.[56]

[55] Yüksel, S.R. (2015). Hekimin vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2015, 21, (2), s. 798-799.

[56] Çınarlı, S. (2013). İdarenin sağlık hizmetinin sunumundan kaynaklanan hukuki sorumluluğu, Ankara: Orion., s.323.

4. OECD ÜLKELERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ

4.1. Almanya

4.1.1. Genel Olarak

Almanya, dünyadaki en eski genel sağlık sigortası sistemine sahiptir. Başlangıcı, Otto von Bismarck'ın, işçiler için yasal sağlık sigortası fonları sistemi (*Gesetzliche Krankenkassen*) kuran ve kısmen işveren tarafından ve kısmen de işçinin maaşından kesintilerle finanse edilen 1880'lerdeki sosyal reformlarından kaynaklanmaktadır. Sonraki yıllarda, sistemin kapsamı kademeli olarak toplumdaki diğer gruplara genişletilmiş, böylece günümüzde neredeyse her vatandaş sağlık sigortasına sahip olacak hale gelmiştir.[57]

Tıbbi tedavinin finansmanı, gerekli bakımı sağlamak için doktorlar ve hastanelerle sözleşme yapan sağlık sigortası fonlarının bir konusunu teşkil etmektedir. Tek başlarına veya ortaklıklar halinde çalışan ve birinci basamak veya ihtisas bakımı sağlayan doktorlar, sigorta fonları tarafından hizmet başına ücret esasına göre ücretlendirilen özel sektör aktörleri olarak faaliyet göstermektedirler. Hastaneler, kamu kurumları (belirli bir bölgesel belediye veya başka bir kamu kuruluşu tarafından yönetilen) veya özel kuruluşlar olabilir. Özel hastanelerin yaklaşık yarısı, çeşitli dini gruplar tarafından yönetilen hastaneler de dahil olmak üzere, doğası gereği hayırsever, geri kalanı ise kâr amaçlı işletmelerdir. Sağlık hizmeti sağlayıcılarının düzenlemesine gelince, bu da Alman siyasi sisteminin federal yapısına uygun olarak farklı düzeylerde devredilmiştir. Bu nedenle hastaneler, federal hükümet yerine esas olarak eyaletlerin yasalarına göre düzenlenir. [58]

4.1.2.Ceza ve Disiplin Hukukuna İlişkin Potansiyel Hukuki Sonuçlar

İlk olasılık, tedavi eden doktorun cezai kovuşturmaya tabi tutulabileceğidir. Nitekim her yıl tıbbi hatalarla ilgili olarak doktorlar aleyhine yaklaşık 3.000 ceza soruşturmasının başlatıldığı tahmin edilmektedir. *Strafgesetzbuch [StGB]* [Ceza Kanunu] 222. maddesine göre hastanın ölümüyle sonuçlanan suçların ortaya

[57] M. E. Porter, C. Guth, (2012) Redefining German Health Care Springer-Verlag Berlin Heidelberg s.56.

[58] Stauch, M. S. (2013). Medical Malpractice and Compensation in Germany (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, s.180.

çıkabileceği vakaları bir kenara bırakırsak, soruşturma/kovuşturma konusunu teşkil eden iki ana suç bulunmaktadır. İlk olarak, Alman hukuku, StGB'nin 229. maddesi uyarınca cezalandırılan ihmal sonucu bedensel yaralama (fahrlässige Körperverletzung) suçu söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla bir hasta, yaralanmanın ihmalden kaynaklandığını düşünmesi durumunda nispeten küçük yaralanma vakalarında bile, doktoru polise ihbar etme seçeneğine sahiptir. İkinci olarak Alman yasaları tıbbi tedaviye yönelik rızayla ilgili olarak çok katı geçerlilik koşulları öngörmektedir. Herhangi bir bilgi eksikliği (risklerin ve alternatiflerin açıklanmaması dahil) rızayı geçersiz kılabilir. Bu gibi durumlarda doktor kural olarak StGB'nin 223. maddesi uyarınca bir saldırı suçlaması (*Körperverletzung*) ile karşı karşıya kalabilir. Bu vakaların yaklaşık yüzde doksan beşinde kanıt eksikliği veya kamu yararı nedeniyle takipsizlik kararı verilir. Ayrıca yargılamaya devam eden davalarda doktor genellikle beraat etmektedir. Burada (özel hukuktan farklı olarak) savcılığın, doktorun hatasının varlığını (yani, söz konusu hatayı bireysel olarak önleyebilme olanağı olmasına rağmen önleyemediğini) kanıtlaması gerekmektedir. Benzer şekilde, rızanın edinilmesiyle ilgili eksiklerle bağlantılı bir şekilde saldırı suçlamasıyla ilgili olarak, bazı bilgilerin hastadan saklanmış olmaması halinde hastanın tedaviye karşı çıkacağının da ispatlanması gerekmektedir. Tüm bu konularla ilgili ispat yükümlülüğü davacıya aittir. Bu alanda Alman özel hukukunda geçerli olan delil değiştirme ya da delilden vazgeçme gibi uygulamalar yer almamaktadır. Nispeten nadir görülen bir mahkumiyet durumunda doktor genellikle para cezası öder. Bununla birlikte mahkeme kendi adına büyük bir görevi ihmal ve bir tekrar riski görürse beş yıla kadar uygulama yapmasını yasaklayabilir. [59]

Olası cezai sorumluluğa maruz kalmanın yanı sıra doktorun tıbbi bir hatadan dolayı üye olduğu meslek kuruluşlarıyla bir hastanede çalışıyor olması durumunda ise işvereni nezdinde sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Doktorların çalıştıkları eyaletin tıp konseyine katılmaları gerekir ve bu konseyin mesleki kurallarına tabi olacaklardır. Bu kurallar hastaları bilinçli ve uygun şekilde tedavi etme görevini içerir. Ancak yasal anlamda bir kusur olsa bile doktor, yaralanmaya yol açan olağan bir başarısızlıktan sorumlu olmayacaktır. Daha ziyade büyük bir tedavi başarısızlığı veya mesleki eğitime devam ederek tıbbi bilginin güncelliğini korunamadığını öneren yaralanmalar gibi bir

[59] Stauch, 2013, **agk.,** 181-182.

daha önceki bir mesleki görevin ihlali anlamına gelen durumlar söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda, doktorun, idari mahkemelere bağlı meslek mahkemelerden (*Berufsgerichte*) birinin huzuruna çıkması gerekecektir. İddianın ortaya çıktığı durumlarda, yaptırımlar para cezası ve / veya meslekten men kararı olabilir. Buna ek olarak ilgili mesleki yargılamalarda (veya aslında bir ceza yargılamasında) doktor aleyhine bir bulgu olması durumunda bu, federal düzeydeki mesleki formasyona onay veren yetkili makamının hekimlik ruhsatını iptal etmesine yönelik olarak harekete geçmesine yol açabilir. Yetkili makam, doktorun davranışının artık bir doktorun gerektirdiği güveni kazanamayacak kadar değersizlik veya güvenilmezlik gösterdiği durumlarda bu yetkiye sahiptir. [60]

4.1.3. Özel Hukukla İlgili Sonuçlar: Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat

Almanya'da tıbbi uygulama hatalarının giderilmesi için tazminat hukukuna başvurulması mümkündür. Almanya'da giderek artan sayıda hasta bu seçenekten yararlanmaktadır. Bugün, her yıl 20.000 ila 40.000 arasında özel hukuk davasının başladığı tahmin edilmektedir. *Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Medeni Kanun]* uyarınca hasta genellikle sözleşmeli dava veya haksız fiil (veya her ikisinde) davası açma seçeneğine sahiptir. İlk olarak sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğa bakıldığında hasta, doktorun sözleşmeyle üstlendiği görevleri ihlal ettiği iddiasına dayanarak dava açabilir. Bu sadece özel sigortası olan ve sigortacıdan bu parayı geri almadan önce doktora tam olarak ödeme yapan hastalar için değil, aynı zamanda tedavisi yasal bir kamu sigorta fonu tarafından ödenen hastalar (çoğunluğu) için de geçerlidir. Almanya'da sözleşmeden doğan sorumluluk şu anlamda hataya dayanmaktadır öyle ki bir sözleşme ihlali meydana geldikten sonra bile davalı, kusur (kasıt veya ihmal) olmadığını göstererek kendini aklama şansına sahiptir. Aslında tıbbi tedavi sözleşmeleriyle ilgili olarak genellikle bu aşamaya gelinmez. Bunun nedeni, bu tür sözleşmelerin genellikle doktorun belirli bir sonuca (tedavi gibi) ulaşma konusunda sıkı bir sorumluluğunun olmadığı, sadece dikkatli bir performans göstermesinin beklendiği hizmet sözleşmeleri olarak değerlendirilmesidir. Başka bir deyişle doktorun

[60] Stauch, 2013, **agk.,** 183.

hatası (yani ihmalkâr performans) bir sözleşme ihlalinin tespit edilmesinin ilk aşamasında zaten gösterilmiş olmalıdır. [61]

Hastane tedavisi ile ilgili olarak, sözleşme kurallarının etkisi, sorumluluğu hastane yetkilisine odaklamaktır. Vakaların çoğunda hasta hem hastane hem de kendisini tedavi eden doktor(lar) ile bir sözleşme yapacaktır. Hastane çalışanlarının kusurlarından dolaylı olarak sorumlu olmanın yanı sıra yönetici pozisyonlarında bulunan doktorların davranışlarından doğrudan sorumlu olacaktır. Dahası yanlış uygulama davalarında örgütsel başarısızlıklarla ilgili olarak doğrudan sorumluluk yüklemeye yönelik artan bir eğilim vardır.

Haksız fiile gelecek olursak, bunun hukuki temeli *BGB'*nin 823 (1) maddesinde yer almaktadır. Anılan maddeye göre, kasıt veya ihmal şeklindeki kusur, sorumluluk için yine bir ön koşuldur. Bu bağlamda ihmalin tanımı sözleşmedeki ile aynıdır, yani (276 (2) BGB bölümü uyarınca) makul özeni göstermeme. Hasta burada da davayı bireysel bir doktor ve / veya hastaneye karşı açmayı seçebilir. [62]

4.1.4. Bir Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Tıbbi Ürünlerden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk

Tıbbi ürünlere atfedilebilecek yaralanma durumunda, Alman hukuku aynı zamanda hatadan bağımsız tazminat imkânı da sunmaktadır. İlki ve en önemlisi, tıbbi ilaçların neden olduğu yaralanmalardır. İkinci olarak, tıbbi ürün yaralanmalarıyla ilgili olarak hatasız sorumluluk için iki sınırlı alan vardır. Bunlardan ilki, *Thalidomide* (*Contergan*) kurbanlarını kapsamaktadır ve bu amaç doğrultusunda 1971'de Thalidomide Temel Yasası *[Conterganstiftungsgesetz* ConStiftG] yürürlüğe girmiştir. İlgili program, federal hükümet ve ilaç üreticilerinin katkılarıyla finanse edilen bir fondan tazminat (esas olarak sabit bir aylık emekli maaşı şeklinde) sağlar. Tıbbi yaralanma için hatasız tazminat böylelikle modern Almanya'da sınırlı bir rol oynasa da eski Alman Demokratik Cumhuriyeti'nde (GDR) durumların farklı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Durum şiddetli olması ve tedavi edilen durumun ciddiyetiyle büyük bir orantısızlık taşıması halinde "Tıbbi yaralanma mağdurları için ek destek" şeklinde iyatrojenik yaralanmayı ve eksik hatayı kapsayan kısmi bir hatasız plan uygulanmaktaydı. Bu program için önerilen bir gerekçe GDR vatandaşlarının ekonomik

[61] Stauch, 2013, **agk.,** 183.

[62] Stauch, 2013, **agk.,** 185.

üretkenliklerini korumak için tedavi arama görevini dengelemekti. Öyle olsa bile Almanya'nın yeniden birleşmesinden sonra bu plan artık sosyal olarak haklı görülmedi ve 1994'te dağıtılmıştır. [63]

.

4.1.5. Sigorta Hukukuna İlişkin Sorunlar

Özel hukuk çerçevesinde tazminata ya da kanundan kaynaklandığı şekliyle kusursuz sorumluluğa dayalı zarar tazmini hakkından faydalanamayan kişiler, genel sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde haklarını aramak durumundadırlar. Bu, yaralı ve / veya engelli kişilere, yaralanmanın kaynağına bakılmaksızın toplu sosyal korumaya erişim sağlar ve Almanya'da nispeten cömerttir. Bu nedenle daha uzun süreli iyileştirici tedavinin masrafları ve uzun süreli sakatlık durumlarında devam eden hemşirelik bakımı masrafları normal bir şekilde sağlık sigortası fonları tarafından karşılanır. Olayla ilgili bir tıbbi uygulama hatasının bulunduğuna dair kesin hükmün varlığı durumunda, hastaya veya hasta adına meblağları ödeyen ilgili sigorta sağlayıcıları, doktorun veya hastanenin sorumluluk sigortacısına rücu etme hakkına sahip olacaktır. 2000'li yılların başlarında bu tür davalar istisna niteliğindeydi. Yüksek idari maliyetler nedeniyle, mesuliyet sigortacılarının sigortalılarının neden olduğu yaralanmaları karşılamak için bir miktar ayırdığı ve hasta sigorta fonlarının rücu hakkından feragat ettiği sigorta sektöründe gelişmiş küresel uzlaşmalar tercih edilmekteydi. Bununla birlikte, süreç içinde sosyal güvenlik sistemi üzerindeki mali baskı bağlamında bu durum değişiklik göstermiştir. Nitekim 2004 yılından bu yana hastaneler, sigortalılarının varsayılan tıbbi ihmal nedeniyle yaralanması durumunda sosyal sigorta sağlayıcılarını bilgilendirmekle görevlidir. Şu anda, yanlış tedavi taleplerindeki zararların yaklaşık yüzde on beşinin halefiyet yoluyla hastaların sosyal ve özel sigorta sağlayıcılarına gittiği bildirilmiştir. [64]

4.1.6. Uygulama ve İçtihat Bağlamında Malpraktis

Uygulamada, özel hukuk, hastanın tıbbi yaralanmasının telafisine giden birincil yolu sağlamaktadır. Sosyal güvenlik korumasındaki boşlukları kapatmaya hizmet etmenin yanı sıra (özellikle çalışmayan veya uzun süreli sakatlığı olan kişilerle ilgili olarak) hastanın ağrı ve ıstırap için manevi zararları telafi etmesine yönelik tek yolu sağlamaktadır (*Schmerzensgeld*). Belirli bir davada sorumluluğun var olup olmadığını

[63] Stauch, 2013, **agk.,** 186.

[64] Stauch, 2013, **agk.,** 188.

belirleyen kurallar büyük ölçüde içtihat hukukunun bir ürünüdür. Nitekim son elli yılda mahkemeler, önemli sayıda davanın da Federal Adalet Mahkemesinin (BGH) önüne gelmesi sayesinde incelikli ve kapsamlı bir içtihat oluşturmuştur. Başlangıçta iddiaların nasıl sınıflandırılması ve incelenmesi tedavi aşamasındaki yanlış uygulama vakaları (Behandlungsfehler) ile açıklamayı yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan vakalar (Aufklärungsfehler) olmak üzere iki temel başlık altında incelenmiştir. Hatalı tedaviyle ilgili olarak hak talebinin sözleşmeye veya haksız fiile dayalı olup olmadığına bakılmaksızın hatanın var olabilmesi için sorumluluğun da varlığı şarttır. Bu çerçevede kural olarak bir ihmalin de varlığı aranır ki bu da makul özeni göstermeme şeklinde tanımlanmaktadır. Bir doktor söz konusu olduğunda BGH, geçerli bakım standardını "İlgili alanda ortalama uzmanlığa sahip saygın ve vicdani bir tıp profesyoneli" olarak kabul etmiştir. Bu objektif bir testtir ve bir doktorun (henüz) gerekli yeterliliğe sahip olmadığı bir görevi üstlenmesi durumunda genellikle sorumlu olacaktır. Genç doktorların görevlerine ilişkin öncü bir kararda BGH şunları söylemiştir[65]:

> "Asistan doktor hastaya diğer doktorlarla aynı beceri ve özen görevini borçludur. Hastanın, deneyimsizliğinin bir sonucu olarak daha yüksek bir yaralanma riskine maruz kalacağını anlarsa veya anlamış olması gerekiyorsa, tedaviye devam etmemelidir".

Bundan da anlaşılacağı gibi bir asistan doktor, gerekli beceriden yoksun olduğunu makul bir şekilde bilemeyeceği temelinde kendini aklayabilir. Böyle bir durumda, onu ilgili göreve görevlendirmedeki örgütsel bir başarısızlık ve / veya onu denetleyememe durumunda sorumluluk yalnızca hastaneye yüklenecektir. Nesnel yaklaşımın bir başka etkisi de bir hastanenin kaynak eksikliğini öne sürerek kendisini savunamamasıdır.

Belirli bir vakayı değerlendirirken eğer doktor gerekli bakım standardını yerine getirmişse mahkemeler, ilk etapta davranışının haklı olup olmadığına dair diğer doktorların uzmanlığına başvuracaklardır. Nitekim BGH, bir yargıcın, uzmanların desteği olmadan kendi fikirlerine dayanarak ihmal bulma hakkına sahip olmadığına karar vermiştir. Aynı zamanda, mahkemeler tıp uzmanları tarafından kabul edilen uygulamalara eleştirel bir gözle bakmaya meyillidir ve bazen onları eksik bulurlar. Mahkemeler tarafından "tamamen üstesinden gelinebilir riskler" (*voll beherrschbare Risiken*) olarak sınıflandırılan durumlar, kusur bulma açısından en az bir o kadar önemlidir. Bu, hastaya verilen zararın tedavi ortamından kaynaklanan bir riskten

[65] Stauch, 2013, **agk.,** 188.

kaynaklandığı durumları kapsar. Bu tür durumlarda riskin kendiliğinden ortaya çıkması, tedaviyi uygulayan tarafın tedavi sözleşmesi kapsamındaki ikincil yükümlülüklerinden birinin ihlali olarak nitelendirilir ve bu bir tedavi girişiminin birincil görevinden farklı olarak katı bir şekilde yorumlanır. [66]

Doktorun / hastanenin hatalı görev ihlalini ve bununla yaralanması arasındaki olgusal nedensel bağlantıyı gösterme yükü, ilk bakışta hastaya aittir. Bu, katı Alman medeni ispat standardı olan "yargılama sonucunda bir kanıya varılması" kuralına yönelik olarak karşılaması gereken bir yükümlülüktür. Tıbbi uygulama hatası iddialarının kötü şöhretli normatif ve gerçeklere dayalı karmaşıklığı göz önüne alındığında bu durum bir hasta-davacı açısından durumu çok zorlaştırabilecektir. Ancak pratikte Almanya'daki hastaların kanıtsal sorunlardan korkmaları beklenenden daha azdır. Bunun üç ana nedeni vardır. İlk olarak Almanya'daki hukuk mahkemeleri, sadece tarafların ilgili iddiaları arasında hakemlik yapmak yerine, yargısal hakikatin ne olduğuna yönelik aktif bir araştırma yapmakla yükümlüdür. Kendiliğinden araştırma ilkesine dayanan bu yaklaşım, mahkemenin kanıtların toplanması ve değerlendirilmesi sürecindeki etkin rolünde kendisini göstermektedir. Bu nedenle tıbbi bir uygulama hatası iddiası bağlamında, mahkeme yardım etmesi için bir veya daha fazla tarafsız uzman atayacaktır. Tıbbi kayıtlar ve hastanın ve tedavi eden doktorların ifadesi gibi vakadaki tam yazılı belgelere erişimi olan bu tür uzmanların, ilgili olgusal ve normatif konulara ilişkin sonuçlarını detaylandıran bir rapor (*Gutachten*) hazırlamaları gerekmektedir. Çeşitli tanıkların (bilirkişiler dahil) sözlü olarak sorgulanmasıyla anlayışlarını tamamlayacak olan yargıçlar için bağlayıcı olmasa da bu tür raporlar mahkeme kararında büyük önem taşıyacaktır. İkinci olarak ve aynı zamanda "silahların eşitliği ilkesini" güvence altına almak amacıyla Alman mahkemeleri, malpraktis davalarında kesin kanıt standardını gevşeten veya bazı durumlarda ispat yükümlülüğünü hastadan tedavi eden tarafa geçiren bir dizi özel doktrin geliştirmiştir. Bu bağlamda bazı durumlarda belirli bir yaralanmanın nasıl meydana geldiğini açıklamak ve haklı çıkarmak için görevi baştan tedavi eden tarafa yerleştiren "tamamen üstesinden gelinebilir riskler" unsuru yanında mahkemeler, malpraktis yaptığı iddia edilen tarafın konuyla ilgili belgelerinde eksiklik olması durumunda resmi bir karine uygulamıştır. Burada, belirli bir önlemin, örneğin bir tanısal testlerin veya iyileştirici prosedürün bir

[66] Stauch, 2013, **agk.,** 191.

kaydının olmaması durumunda, aynısının ihmal edildiğini varsayacaklardır. Böyle bir önlemin normatif olarak belirtildiği durumlarda (tedavi eden tarafın varsayımı bağımsız kanıtlarla çürütemeyeceğini varsayarsak), bu doğrudan bir ihmal bulgusuna yol açacaktır. [67]

Tedavide yanlış uygulama davalarında ilk bakışta aldatıcı kanıt kurallarının genellikle hastanın tazminatını geri almasına engel teşkil etmemesinin üçüncü ve son nedeni, önemli sayıda vakada davalı iddiasını "açıklama ihmali" olarak yeniden düzenleyebilmesidir. Bu çerçevede açıklama ihmali iddialarına da değinmek gerekir. Açıklama ihmali iddiaları, iyatrojenik yaralanma[68] vakalarında alternatif bir argüman temeli sağlar. Hasta, tedavinin uygulanmasındaki hatadan kaynaklanan yaralanmayı göstermek yerine, bu tür bir yaralanma riski gerçekten tedavinin doğasında olmakla birlikte, doktorun tedaviye başlamadan önceki yükümlülüğü olan açıklama yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürebilir ve bununla da bağlantılı olarak hastanın tedaviye yönelik rızasının sakatlanmış olduğu ve bundan kaynaklanan yaralanmalardan da doktorun sorumlu olduğu ileri sürülmesi mümkündür. Almanya'da, bu tür iddialar açısından karşılaştırmalı ispat kolaylığı ve nedensel sınırlamaların olmaması onları tıbbi yaralanmalar için popüler bir telafi yolu haline getirmiştir. Hastaların, davaların yaklaşık üçte birinde açıklık ihmaline dayalı argümanlar ortaya koyduğu tahmin edilmektedir. Böyle bir iddianın başlangıç noktası, hastaların rızası olmaksızın tıbbi tedavinin hukuka aykırı olduğu şeklindeki çoğu ülkede bulunan temel kuraldır. Alman ceza hukukunda da bunun yaralama suçuyla eş değer olduğu düşüncesi hakimdir. Daha da önemlisi (hatalı tedavi iddialarının aksine) hastanın rızasını aldığının ispat yükümlülüğü, yani tedaviyi yasal hale getiren bir savunma olarak en başından itibaren doktora bağlıdır. İkinci çok önemli bir nokta da rızanın geçerli olabilmesi için, doktorun sadece tedavinin niteliği ve amacına ilişkin temel bilgileri vermiş olması değil, aynı zamanda hastayı tedavi riskleri ve alternatifleri hakkında yeterli şekilde bilgilendirmiş olması gerektiğidir. [69]

Açıklamalara ilişkin standartlardan bahsetmek gerekirse Alman mahkemeleri, gerekli bilginin açıklığına yönelik yüksek bir standart geliştirmiştir. Oldukça ihmal

---

[67] Stauch, 2013, **agk.,** 193.

[68] "İnsan eliyle (sağlık personeli) oluşan. Tedavi yada tanı işlemleri sırasında istemeden yapılan-ortaya çıkan durum." https://www.turkcerrahi.com/tip-sozlugu/iatrojenik/ Erişim tarihi, 23 Mayıs 2021

[69] Stauch, 2013, **agk.,** 195.

edilebilir riskler de dahil olmak üzere, hastanın bireysel kararını etkileyebilecek her konuyu doktorun açıklaması gereken sübjektif bir yaklaşım benimsenir. BGH 2000 tarihli bir kararında şu sonuca varmıştır[70]:

> "Doktorun açıklama göreviyle ilgili olarak aslolan, istatistiksel terimlerle ifade edilen herhangi bir riskin gerçekleşme olasılığı değildir. Daha ziyade belirleyici sorular riskin özellikle tedaviyle ne kadar ilişkili olduğu ve ortaya çıkmasının hastanın yaşam tarzı üzerinde ciddi bir etkisinin olup olmayacağıdır. Prensip olarak bu, zaman zaman çok nadir risklerin açıklanması gerekebileceği anlamına gelir".

Bazen hastaya tedavi alternatifleri hakkında yeterince bilgi verilmemesi durumunda rıza da geçersiz kılınacaktır. En azından bunların genel kullanımda olduğu yerlerde, her seçeneğe bağlı risklerin farklı olduğu durumlarda, hasta ile tartışılmalıdır. Örneğin, cerrahi ile daha temkinli bir tedavi yöntemi arasında bir seçim yapma olasılığı varsa bu durum geçerlidir. Ayrıca (doktorun önerdiği tedaviye) bir alternatifin ana akım tıbbi görüş tarafından tercih edildiği durumlarda bu da açık olarak belirtilmelidir. Hastanın riski bilmesi halinde tedaviyi kabul edip etmeyeceği meselesi ikinci derecede önemlidir. Bu noktada tedavi yasadışı eylemin kendisi sayılır ve yaralanma bunun sonucu olarak kabul edilecektir. Öte yandan mahkemeler, doktorun "varsayımsal rıza" olarak bilinen bir savunma şekli olarak, hastanın her halükârda tedaviyi kabul edeceği iddiasını ileri sürmesine izin vermiştir. Burada yine de ispat yükümlülüğü doktora ait olacaktır. Bu doğrultuda, doktor, tedaviyi reddetmenin objektif olarak hastanın menfaatine aykırı olacağını tespit etse bile (riskin bilinmesine rağmen) hastanın mahkemeyi tedaviye rıza gösterip göstermeme konusunda bir ikileme (*Entscheidungskonflikt*) düşeceğine ikna etmesi yeterli olacaktır. Aslında reddetmiş olacağını göstermesine gerek yoktur. Ek olarak, doktor bazen hukuki nedenselliğin olmadığını savunmaya çalışabilir. Bu olasılık, açıklık getirilmemesiyle muameleyi hukuka aykırı kılan riskin gerçekleşmediği, zararın farklı ve açıklanamayan bir riskten kaynaklandığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Burada bu tür bir zararın önlenmesinin açıklama kuralının koruyucu amacı (*Schutzzweck*) kapsamında olmadığı iddia edilebilir. Genelde mahkemeler, hastanın özerkliğine aykırı gördükleri bu tür iddiaları kabul etme noktasında isteksiz davranmaktadırlar.[71]

---

[70] Stauch, 2013, **agk.,** 197.

[71] Stauch, 2013, **agk.,** 199.

Hastanın tedavi veya yanlış uygulama nedeniyle yaralanmasından dolayı tazmin talep etmesi durumunda, BGB'nin 249 (1) bölümü uyarınca tam tazminat alma hakkına sahiptir. Bu şunları sağlar: (1) Zarardan sorumlu olan bir kişi, kendisini tazminat ödemeye mecbur eden bir durum meydana gelmemiş olsaydı, var olacak konumu geri getirmelidir. Tazminatlar hem hastanın yaralanmasının neden olduğu maddi kayıp *(materielle Schäden)* nedeniyle maddi bir yönü hem de hastanın acısını ve ıstırabını yansıtan manevi bir unsuru (*immaterielle Schäden / Schmerzensgeld*) kapsayacaktır. İlki ile ilgili olarak bu geçmiş ve gelecekteki hemşirelik bakımını, hastanın evine gerekli uyarlamaları, kazanç kaybını ve yasal masrafları içerecektir. Bu tür meblağlar, özellikle uzun süreli engelliler için çok önemli olabilir. Son yıllarda mahkemeler tarafından hükmedilen maddi tazminatlarda bir artış olmuştur ve tazminat bazen birkaç milyon avroya ulaşmaktadır. Acı ve ıstırap için verilen tazminatlara gelince Alman mahkemeleri geçmişte diğer ülkelerdeki mahkemelere kıyasla oldukça mütevazı meblağlar verme konusunda bir üne sahipti. Bununla birlikte kişisel yaralanma spektrumunun alt ucunda hala böyle görünmekle birlikte, daha ciddi zararlarla ilgili olarak artık doğru değildir. Önemli bir gelişme, davacının sübjektif olarak durumundan habersiz kaldığı ağır zihinsel bozukluklar için de bu tür zararları tanıyan 1992 yılında Federal Adalet Mahkemesi kararıydı. Sonuç olarak, minimum bilinçliliğe yol açan ciddi beyin hasarı durumlarında artık yüksek miktarda tazminat veriliyor. Ağır engelli yeni doğanlarla ilgili son kararlarda, yarım milyon avro ve daha fazla ödülün norm haline geldiği görülmektedir. [72]

4.2.Avusturya

4.2.1.Genel olarak

Avusturya federal bir cumhuriyettir. Yargı, örf ve adet hukukunda olduğu gibi hukuk yaratma yetkisi olmayan münhasır bir federal güç iken yasama ve yürütme yetkileri ağırlık federasyonda olmak üzere dokuz eyalet (*Länder*) arasında paylaşılmaktadır. Örneğin, halk sağlığı federasyonun münhasır yasama ve yürütme yetkisi dahilindedir fakat yalnızca hastaneleri ve diğer sağlık kurumlarını yöneten yasaların ilkeleri federal bir güçtür ve uygulama mevzuatı ve yürütme *Länder'in* işi olarak kalır.[73]

---

[72] Stauch, 2013, **agk.,** 199.

[73] Koch, B. A. (2013). Medical malpractice in Austria **(**Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, s.7.

4.2.2. Disiplin Hukuku

Tüm doktorların bulundukları eyaletlerdeki tabipler odasına (*Landesärztekammer*) üye olmaları zorunludur. Bu kurumlar ortaklaşa olarak Avusturya Tabip Odası'nı (*Österreichische Ärztekammer*) oluşturur. Diş hekimleri Avusturya Diş Hekimleri Odası bünyesinde yer almaktadırlar. (*Österreichische Zahnärztekammer*) Bu odalar kanunla kamu hukuku prensiplerine göre kurulur ve üyelerinin çıkarlarını temsil eder. Yetki ve sorumlulukları arasında mesleki eğitimleri organize etmek ve disiplin konuları yer almaktadır. Avusturyalı doktorlar sadece mahkemelere değil, aynı zamanda Avusturya Tabipler Odası disiplin kurulunun gözetimi altında hareket eden yetkili yerel disiplin komisyonlarına da karşı sorumludurlar. Bununla birlikte Avusturya Tıp Meslek Yasası (Ärztegesetz'in [ÄrzteG]) 136. maddesi, disiplin suçlarını, Avusturyalı doktorların itibarını olumsuz etkileyebilecek herhangi bir davranış veya herhangi bir mesleki görev ihlali olarak oldukça belirsiz bir şekilde tanımlamaktadır. Ayrıntılar disiplin komisyonları tarafından belirlenmelidir. Geçici ihtiyati tedbirler dışında, yazılı kınamalardan tıp uygulamalarına yönelik kalıcı yasaklara kadar her şeyi yapabilirler. Disiplin komisyonlarının kararları gizli kalır, bu nedenle sorumluluk konuları üzerindeki etkileri gerektiği gibi değerlendirilemez. Tıp Meslek Yasası'nın 49. bölümü, doktorların sürekli mesleki eğitim almalarını zorunlu kılarken, tıp bilimine ve genel olarak deneyime ve ayrıca "mevcut kurallara ve uzman kalite standartlarına" işaret ederek oldukça geniş ve belirsiz bir şekilde mesleki standartlara atıfta bulunmaktadır.[74]

4.2.3. Ceza Hukuku

Avusturya Ceza hukuku açık bir şekilde tıp uzmanları tarafından uygun davranışların dış hatlarını çizer ve kabul edilebilir davranıştan uzaklaşan aşırı sapmalarla ilgilenir. Bedensel bütünlüğe karşı işlenen suçları kapsayan klasik liste, istem dışı adam öldürme ve ihmalkar bedensel yaralama dahil olmak üzere tıp mesleği için de geçerlidir. Bedensel yaralama, tıp mesleğinin bir üyesi tarafından işlenirse ve zararlı etkileri iki haftadan az sürerse cezalandırılmaz. Avusturya Ceza Kanununun özel bir hükmü, yalnızca hastanın açık talebi üzerine yargıya götürülen izinsiz tıbbi tedaviye ilişkindir. Bu hüküm, özel olarak bilgilendirilmiş onam ile ilgilidir.[75]

[74] Koch, 2013, **agk.,**8

[75] Koch, 2013, **agk.,**11

4.2.4. Özel Hukuk

Tüm hastalar, bir doktorla veya bir hastaneyle yapılan sözleşmeye göre tedavi edilmiş sayılır. Bu sadece kendi cebinden ödeme yapan hastalar için değil, aynı zamanda tedavisi doğrudan sosyal sağlık sigortası sağlayıcısı tarafından ödenen hastaların büyük çoğunluğu için de geçerlidir. Bir hasta ile bir hastane arasındaki sözleşmeye dayalı bir ilişki, hastanın hastanede kalışıyla bağlantılı tüm hizmetleri kapsayan "her şey dahil" bir sözleşmeden (tıbbi tedavi dahil) hastanın sadece odayı ve tıbbi tesisleri kiraladığı 'konaklama' sözleşmelerine kadar geniş bir çeşitlilik yelpazesine girebilir. Konaklama tarzı sözleşmelerde tesisler, hastanın daha sonradan ayrı olarak işe aldığı bir veya daha fazla dahili veya harici tıp uzmanı tarafından kullanılır. Buna göre, hastanenin sözleşmeye dayalı görevleri hastanın tedavisinin tüm yönlerini içermeyebilir. Özellikle hastanın bireysel olarak sözleşme yaptığı dışarıdan bir cerrahın yanlış uygulamasından hastane genellikle sorumlu tutulmayacaktır. İster bir doktorla ister bir hastaneyle imzalanmış olsun, bir tedavi sözleşmesinin koruyucu kapsamı, yalnızca sözleşmenin ilk taraflarını değil, aynı zamanda tedaviden etkilenen tüm kişileri de kapsar. Bu, özellikle bir jinekoloğun veya doğum uzmanının en başta anneye borçlu olduğu (veya başka bir doktorun) sözleşmeli görevlerinin diğer bir odak noktası olan doğmamış çocukları içerir. Hatta babalar ve hastanedeki diğer hasta ziyaretçileri de bu koruma altına düşebilir. Sonuç olarak bu tür üçüncü şahıslar, bir başkasına söz verilmiş olsalar bile sözleşmeden doğan görevlerin ihlali için doğrudan talepte bulunabilirler. Avusturya medeni hukukunda haksız fiil ve sözleşmeye dayalı sorumluluk birbirini dışlayan hususlar değildir. Sorumluluk kavramı tazminat talebinin her iki temelini de kapsadığından, Avusturya Medeni Kanununun haksız fiil hukuku bölümü, sözleşmeden doğan sorumluluk için aynı şekilde geçerlidir. Sözleşmeye dayalı ilişkileri sırasında yaralanan biri, davalı tarafından ihlal edilen görev iki seçenekte farklılık gösterse de tipik olarak ikincisini hem bir sözleşme teorisi hem de bir haksız fiil hukuku teorisi kapsamında dava edebilir. [76]

Sözleşmeden doğan sorumluluk yine de davacı için bazı (en azından stratejik) avantajlara sahiptir; bu nedenle, uygulamada davasını muhtemelen davalı tarafından sözleşmeyi ihlal ederken işlenen bir delile dayandıracak olsa da iddialarını öncelikle bu

[76] Koch, 2013, **agk.,**12-15

temelde sürdürmeyi tercih edecektir. Kişisel yaralanma vakalarında, söz konusu sözleşmeden doğan vazife, tipik olarak, sözleşmeden kaynaklanan temel yükümlülükler olmayan ancak yine de diğerlerinin yanı sıra ilgili kişinin bedensel bütünlüğünü korumak için her iki tarafı da bağlayan koruyucu vazifeler olacaktır. Tıbbi bir yanlış uygulama senaryosunda tedavi sözleşmesinin temel vazifeleri de önem arz edecektir çünkü bunlar hastanın sağlığını ve refahını doğrudan etkiler. [77]

4.2.5. Uygulama ve Yargı Kararlarında Malpraktis

Tıbbi sorumluluk senaryosunda bir hasta tedavi sırasında yaralanırsa ve bunun hastanın kendisinin durumundan yoksa bu yaralanmaların doktorun (tartışmasız) ihmalkâr davranışından mı kaynaklandığı belirsiz kalırsa her iki taraf da bu belirsizliği ve dolayısıyla kaybı paylaşmak zorunda kalacaktır. Avusturya mahkemeleri bu şekilde orantılı sorumluluk teorisini benimsemiştir. Bununla birlikte hastanın durumunun doktorun hatalı davranışıyla aynı zararlı sonuca yol açacağı kesinse daha ileriki bir zamanda olması halinde doktor, yalnızca bu tür bir hasar olgusunun varsayımsal seyri altında beklenenden daha önce meydana gelmesinden sorumludur. Örneğin, yanlış ve hatalı bir tedavi hastanın yatkınlığı nedeniyle her halükârda ortaya çıkabilecek semptomların aynısını ortaya çıkarırsa sorumluluk, yalnızca fiili olaydan başlayarak öngörülen ana kadar geçen süre içinde meydana gelen zarar için tahakkuk eder. Bütün bunlar, Avusturya mahkemeleri tarafından böyle bir savunma için dayatılan yüksek kanıt standartlarını karşılaması gereken sanıklar tarafından kanıtlanmalıdır. Haksız fiil söz konusu olduğunda failinin kişisel yetenekleri belirleyici niteliktedir. Bununla birlikte en azından sektörlerinde veya meslekleri içinde uzman olarak kabul edilen profesyonellerin itibarlarının tehlikede olduğu tıbbi uygulama hatası vakalarında Avusturya Medeni Kanunun (ABGB) 1299. maddesinde yer alan objektif bir gerekli özen standardı geçerlidir. Tıp uzmanlarının ve diğer profesyonellerin gerçekte sahip olmasalar bile meslektaşlarının eğitim, uzmanlık ve yeteneklerine sahip olmaları ve bu standarttan sapan herhangi bir davranışı hesaba katmaları beklenir. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu çerçevede şu saptamalarda bulunmuştur.[78]

[77] Koch, 2013, **agk.,**17

[78] Koch, 2013, **agk.,**17-22

> "Doktor, tıp bilimi ve deneyimine uygun hareket etmemesi veya mevcut durumda vicdanlı ortalama bir doktorun olağan sağduyusunu kullanmayı ihmal etmesi durumunda hastasına borçlu olduğu bakım görevini ihlal etmiştir. Bununla birlikte, seçtiği tedavi yöntemi, diğer uzmanlar farklı bir teknik seçmiş olsa bile, bu yönteme aşina olan saygın doktorların uygulamalarına uygunsa, kusurlu değildir. Böyle bir durumda doktor, bu tür bir tedavinin bilinen risklerini önlemek için tıp biliminin durumuna göre en güvenli önlemleri almak zorundadır. "

Avusturya hukukunda genel tedavi yetkisinin devredilmemesi kuralı geçerlidir. Kural olarak, bir doktor görevlerini bir meslektaşına devretmeden önce hastasının onayını almalıdır, aksi takdirde yükümlülüklerini kendisi yerine getirmiş olsaydı gerçekleşmeyecek tüm olumsuz sonuçlardan sorumlu tutulacaktır. Hasta, ikameyi kabul ederse veya bu kaçınılmaz hale gelirse doktor yalnızca ikame seçiminden sorumlu olacaktır (*culpa in eligendo*, yardımcı seçmeden kaynaklanan kusur nedeniyle sözleşmeden doğan sorumluluk). Genel olarak yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bağlamında; bir yardımcı seçerken meydana gelen kişisel hata yükümlülüğüne bakılmaksızın (culpa in eligendo) çalışanlar ve diğer personel tarafından özellikle sözleşmeye dayalı özel ilişkiler dışında işlenen haksız fiillere ilişkin dolaylı sorumluluk, Avusturya haksız fiil hukukunda çok sınırlıdır. ABGB' nin 1315. bölümüne göre "Bir yöneticinin bir yardımcının yanlış davranışından ancak yardımcının tehlikeli veya uygunsuz olması durumunda sorumludur." Uygunsuzluk durumunun tersine tehlikelilik durumunda mağdurun, tehlikeyi bildiğini kanıtlaması gerekir. Bir hastane, hastalarına ve vazifelerinin kapsayabileceği üçüncü şahıslara karşı yükümlülüklerini yerine getirmek için bu görevlendirdiği personelinden (doktorlar, hemşireler vb. dahil) dolaylı olarak sorumlu olabilir. Hastane, deneyimli bir uzmana verilmesi gereken bir görevi deneyimsiz bir doktora veya bir stajyere görev verirse veya farklı bir alanda bir uzmana ihtiyaç duyulduğu hallerde bir görev devrinin söz konusu olduğu hallerde hastanenin yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu söz konusu olduğunda çalışanın vazifesini yerine getirmesi için ihtiyaç duyulan performansı, uzmandan beklenecek özen standardına göre değerlendirilecektir.[79]

Bir doktorun normalde istihdam edilmediği bir hastanede geçici olarak faaliyet göstermesi ve ilgili doktorun hastane personelini, hastane tesis ve ekipmanının kiraladığı durumlarda personel kendi yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı

[79] Koch, 2013, **agk.,**22-24

olursa doktor yardımcı personelden sorumlu olabilir. Buna ek olarak Avusturya Yüksek Mahkemesi böyle bir sözleşme üzerinden doktor her ne kadar hastane tarafından istihdam edilmemiş ancak doğrudan sanık tarafından tutulmuş olsa da aynı zamanda başka bir uzman doktoru da ihmalden sorumlu tutmuştur (mevcut durumda bir anestezist). Bu davada mahkeme, anestezistin davalı cerrahın (en azından genel) yönlendirmesi ve kontrolü altında hareket ettiğine karar vermiştir, bu özellikle tartışmalı bir konudur çünkü her ikisi de sadece kendi uzmanlıkları kapsamında hareket eden bağımsız uzmanlardır. [80]

Yardımcı kişilerin kendi sorumluluğu açısından; bir hasta için aynı zararın iki kez telafi edilmesi söz konusu olmamakla beraber, bir hastane veya pratisyen hekimin kendi personelinin fiilinden dolaylı olarak sorumlu olması, bu yardımcıların da (müşterek ve müteselsil) kendi kişisel eylemleri ve ihmallerinden sorumlu tutulma olasılığı her zaman mevcuttur. Yardımcıların kendileri kişisel olarak işverenlerinin sözleşmeden doğan veya diğer yükümlülükleriyle bağlı olmadıklarından, yalnızca kendilerinin yerine getirmeleri gereken bakım görevlerinden sorumlu tutulabilirler. Bu sorumluluk bir kişinin vücut bütünlüğünü koruma genel görevinin yanı sıra daha fazla zararı önlemek için gerekli olduğu ölçüde üstlenilen bir görevi mesleki kriterlere uygun bir şekilde tamamlamayı da içerir. Bir hastaneye, personelinin davranışları için yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa dayalı olarak tazminat ödemesine hükmedilmesi halinde, çalışanların hastaneye karşı kişisel (özellikle iş sözleşmelerinden kaynaklananlar) yükümlülüklerini ihlal ettiği ölçüde ABGB'in 1313. bölümüne göre rücu hakkı vardır. Çalışanın kusurunun derecesine bağlı olarak, hastanenin yükümlülüğü talebi azaltılabilir veya hatta reddedilebilir. Örneğin, hemşire veya doktorun hastaneye atfedilen davranışı neredeyse hiç ihmal değilse hastane hastaya ödenen herhangi bir zararı geri almayacaktır. Diğer ihmal durumlarında hâkim, hastanenin iddiasını belirli eşitlikçi yönler ışığında hafifletebilir. Doğrudan haksız fiil hukuku davasındaki bir doktor, çalıştığı hastanenin bir hastasına tazminat ödemek zorunda kalırsa (ters senaryo) ve sadece küçük derecede bir ihmal için hesap vermesi gerekiyorsa benzer ilkelere göre hastane aleyhine katkı talebinde bulunabilir. [81]

Bilgilendirilmiş onam doktrini, Avusturya'daki tıbbi uygulama hatası iddiaları için büyük önem taşımaktadır çünkü geleneksel olarak, tıbbi standartlardan sapmanın her ne

[80] Koch, 2013, **agk.,**24-26

[81] Koch, 2013, **agk.,**26-28

sebeple olursa olsun belirlenemediği fakat yine de hala tedavi sırasında bir şeylerin ters gittiğini hissedilen, sağlık hizmeti sağlayıcılarına karşı açılan davalar için bu doktrin bir tampon görevi görmüş gibi görünmektedir. Suçu ilişkinin tamamen farklı bir yönüne kaydırmak aynı sonuca yol açabilir. Hasta, tedavisinden önce veya tedavisi sırasında uygun şekilde bilgilendirilmediğini kanıtlayabilirse sağlık hizmeti sağlayıcısı, suçlu olup olmadığına bakılmaksızın, tüm olumsuz sonuçlarından sorumlu tutulabilir. Tıbbi tedavi sözleşmesi, doktorların veya hastanelerin hastayı yalnızca tanı ve önerilen tedavi hakkında bilgilendirmesini değil, aynı zamanda tedavinin tüm olası riskleri hakkında bilgilendirmesini ve ona yeterli ve uygun tıbbi bakımı sunmasını gerektirir. Daha sonra hasta iddiasını yalnızca doktorun veya hastanenin bilgilendirme görevinin ihlaline dayandırırsa, yalnızca böyle bir ihlalin gerçekten meydana geldiğini kanıtlamakla kalmamalı, aynı zamanda eğer tedavi hakkında uygun şekilde bilgilendirilseydi tedaviye devam etmekten kaçınacağını da kanıtlamalıdır. Bunun yerine, böyle bir ispat yükünün yaratabileceği potansiyel zorluklardan kaçınmaya yardımcı olan başka bir akıl yürütme çizgisi izlenebilir. Alternatif olarak, uygulayıcı, hastane veya personelinin eylemleri nedeniyle fiziksel olarak yaralandığı gerekçesiyle dava açabilir. Bu tür bir etki kendi başına yanlış bir davranışa işaret eder çünkü davacının kendi vücut bütünlüğü konusundaki menfaatini ihlal edecek şekilde hareket ettiklerini ima eder. Doktor veya hastane, hastanın önceden tedaviye geçerli bir şekilde rıza gösterdiğini iddia ederek bu tür eylemleri haklı gösterebilse bile burada ispat yükü doktor veya hastaneye aittir. Sonuç olarak hastanenin, hastanın daha önce planlanan tedavi ve bununla ilgili riskler hakkında yeterli bilgi aldığını şüpheye yer vermeyecek bir şekilde ispat etmesi gerekecektir ki bu, hastanın bilgilendirilmiş onama sahip olduğunun kabul edilebilmesi için bir önkoşuldur. Böyle bir onam olmadan doktor veya hastane, uygun ve dikkatli tedavi sırasında kazara meydana gelse bile davacının zararından sorumludur. Hastanın tedavinin artılarını ve eksilerini derinlemesine düşünebilmesi için bilgi yeterince erken verilmelidir; bu, planlanan tedaviye devam etmek isteyip istemediğine dair geniş arka plan bilgisine dayanarak karar vermesini sağlar. Basılı bilgileri içeren standart bir mektup veya broşür yeterli değildir, hasta soru sorma seçeneğine sahip olmalıdır. Hangi komplikasyonların açıklanması gerektiğini belirlemek için genel olarak uygulanabilir bir kriter olmasa da Avusturya Yüksek Adalet Mahkemesi (OGH), hastanın kendi iyiliğinin üstün amacına saygı gösterirken kendi kaderini tayin hakkının nasıl gözetileceğine dair birkaç kılavuz geliştirmiştir. Tedavi hastanın sağlığı için ne kadar

acilse özellikle aşırı endişeli bir hasta tedaviye karşı çıkarsa ve bu da onun sağlığı için çok daha yüksek bir risk oluşturuyorsa o kadar az bilgilendirilmelidir. Öte yandan tedavi zorunlu değilse (örneğin, tamamen tanısal önlemler gibi) mümkün olduğunca kapsamlı bilgi verilmelidir. Bu tür komplikasyonların olasılığı uzak olsa bile, tipik riskler her zaman açıklanmalıdır. [82]

Federal hukukun zorunlu tutmasıyla eyaletler, bir hastanede tıbbi tedavi sırasında kendilerine haksız fiilde bulunulduğuna inanan hastalara ücretsiz tavsiye ve destek sunan hasta hukuku destek birimleri kurmuştur. (Patient-enanwaltschaften) İdarenin bir parçası olan ve eyalet hükümeti tarafından görevlendirilen bu bağımsız organlar, hastaları mahkemelerde temsil etme yetkisine sahip değildir. Ancak hizmetleri, hastalara seçenekleri hakkında rehberlik ettikleri, sorumlu tarafla onlar adına müzakere ettikleri, gerçekleri değerlendirmek için uzmanlar atadıkları vb. nedeniyle davaların mahkemeye gitmesini engelleyebilir. Hasta savunucuları, asılsız vakaları filtreleyerek önemli bir tampon işlevi görür ve aynı zamanda en azından bu şikâyetçilerin dinlenebileceği resmi bir yer sunar. 2001'de yürürlüğe giren bir federal yasa, hastaneler için tazminat fonlarının (Patientenentschädigungsfonds) kurulmasını uygulamaya geçirmiştir. Bu eyaletlerin kendi yetki alanına girdiğinden, federal yasa koyucu yalnızca eyaletteki meslektaşları için ilkeleri belirledi, bu nedenle çeşitli Länder'ler tarafından nihai olarak benimsenen modellerde bazı farklılıklar vardır. Fon, hastanede geçirilen gün başına fazladan 0,73 Euro ödemek zorunda olan hastaların (yani potansiyel kurbanların) katkılarıyla finanse edilmektedir. Fon, hastanede tıbbi tedavi (veya ihmal) sırasında maddi veya manevi zarar gören hastalar için oluşturuldu. Sorumluluk düzenlemesinin yerini alması amaçlanmamıştır, aslında tam tersidir. Fonun birincil odak noktası, sorumluluğun açıkça belirlenemediği (özellikle nedensellik veya kusurun kanıtlanmasında ortaya çıkan problemler nedeniyle) veya hasta daha önce olasılığı konusunda uyarılmış olsa bile nadir fakat ciddi (yıkıcı) bir komplikasyonun meydana geldiği zorluk durumlarıdır. Hastalar, fon tarafından (kısmen) tazmin edilmiş olsalar bile iddialarını mahkemede sürdürmeye çalışabilirler ancak başarı durumunda ödemelerini iade etmeleri gerekir. Diğer yandan, mahkeme duruşması devam ederken veya taraflar mahkeme dışı bir çözüm bulmaya çalıştıkları sürece başvuru süreci askıya alınır. [83]

[82] Koch, 2013, **agk.,**28-30

[83] Koch, 2013, **agk.,**30-32

4.3.Fransa

4.3.1. Genel Olarak

Fransa'da tıbbi uygulama hatasının hukuk çerçevesi esas itibarıyla 4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasasıyla belirlenmektedir. Bu çerçevede tıbbi uygulama hatası, özellikle kamu hastaneleri ve özel pratisyen hekimler veya kurumlar olmak üzere kamu sektörü arasındaki bölünmeyle karakterize edilen bir Fransız sağlık sistemi bağlamında ele alınmaktadır. Özel sektörde, finansman ücretlerine bağlı olarak kar amaçlı kuruluşlar yanında kar amacı gütmeyen hayır kuruluşları da faaliyet göstermektedir. Sağlık bir kamu meselesi olarak kabul edildiğinden, geleneksel olarak Fransa'da sağlık politikalarını yürütmekten sorumlu bir halk sağlığı bakanlığı bulunmaktadır. Buna ek olarak, özellikle tıbbi kazaların önlenmesi ve caydırılmasında çeşitli kamu kurumları bu alanda oldukça aktiftir. Halk Sağlığı Yüksek Konseyi (*Haut Conseil de la Santé Publique [HCSP*]), halk sağlığı hedeflerinin tanımlanmasına katkıda bulunur. Fransız Sağlık Ürünleri Sıhhi Güvenlik Ajansı (*Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé [AFSSAPS*]), sağlık ürünlerinin etkinliğini, kalitesini ve uygun kullanımını gözetmektedir. Fransız Ulusal Sağlık Otoritesi *(Haute Autorité de Santé [HAS]),* hasta bakımının kalitesini iyileştirmek ve sağlık sistemi içinde eşitliği garanti etmek için tasarlanmış bir dizi faaliyetin yönetilmesinden sorumludur. HAS faaliyetleri "ilaçların, tıbbi cihazların ve prosedürlerin değerlendirilmesinden, kılavuzların yayınlanmasına, sağlık hizmeti kuruluşlarının akreditasyonuna ve doktorların sertifikalandırılmasına kadar çeşitlilik gösterir." Bölgesel Sağlık Ajansları (*Agences Régionales de Santé [ARS]*) 2010 yılında kurulmuştur. Bu kurumlar güvenlikten, sağlık tesislerinin yönetiminin kontrolünden ve sağlık verilerinin toplanması ve yorumlanmasından sorumludurlar. Ajanslar ayrıca hastaların bakımını iyileştirmek için sağlık profesyonelleri ve sağlık tesisleri arasındaki iş birliğini geliştirmeyi amaçlamaktadır. [84]

4.3.2. Çeşitli Hukuk Dallarına Göre Hekimin Kusurlu Sorumluluğu

[84] Macrez, G. F. (2013). Medical Malpractice and Compensation in France (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, s.132.

4 Mart 2002 tarihli 2002-303 sayılı, Hasta Hakları Yasası, sağlık hizmeti sunan kuruluşların kamu ya da özel bakılmaksızın tıbbi uygulama hatası sorumluluk kurallarını yeknesak bir hale getirmiştir. Hasta haklarını tanımlayan bu kanun aynı zamanda sağlık profesyonelleri ve sağlık kurumlarının sorumluluklarına ilişkin genel ilkeleri ortaya koymaktadır. Öte yandan tıbbi uygulama hatasına ilişkin oluşturan bu tip yasal düzenlemeye rağmen, malpraktisin bir kamu hastanesinde veya özel bir muayenehane veya kurumda meydana gelip gelmediğine göre, ihtilafların yine de idari veya hukuk mahkemelerine taşınması gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu malpraktislerin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda da mağdurların ceza mahkemelerinde dava açabilecekleri de unutulmamalıdır. Aynı şekilde bir tıbbi uygulama hatasının tıp etiği yasasını (*Code de déontologie médicale*) ihlal etmesi durumunda da doktorlar disiplin mahkemelerine çıkarılabilir. 4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası, yeni sorumluluk kuralları içermesinin yanında herhangi bir hatalı uygulama ile ilişkilendirilemeyen yaralanmaların tazmin edilmesine ilişkin düzenlemeleri de içermektedir. Önleme, teşhis veya tedavi eylemlerinden kaynaklanan yaralanmalarda bu tür bir yaralanma hastanın önceki sağlığı ve olası gelişimi açısından anormal olması durumunda, doktorun hatası aranmaksızın zarar Tıbbi Kazaların Tazminatı Ulusal Fonundan tazmin edilebilmektedir (*Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux [ONIAM]*). Ayrıca *ONIAM*, sağlık görevlilerinin sorumluluğu bulunsa bile herhangi bir nedenle tazmin edilemeyen zararları da karşılamaktadır. Bu tür durumlarda hukuki sorumluluğu tamamlayan tazminat planlarının "ulusal dayanışma" ilkesine dayanmaktadır. Bu terim, tüm toplumun bu tür risklerin maliyetini desteklediği fikrine dayanmaktadır. [85]

4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası'ndan önce, özel sektördeki tıbbi uygulama hatası sorumluluğu, Fransız Yargıtay'ının *Mercier* adlı kararından beri, bir sözleşme hukuku meselesi olarak görülüyordu. Bu dava, hekimlerin haksız fiil hukuku kapsamında sorumlu olduğu önceki kararları geçersiz kılmıştır. 1936'dan bu yana bir doktor ile hasta arasında bir sözleşme yapıldığı kabul edilmiştir ve bu nedenle haksız fiil hukuku ilkelerinin uygulanması hariç tutulmuştur. Bununla birlikte, hastanın tıbbi müdahaleyi kabul etme imkânının olmadığı ve ailesi, partneri veya kanunla belirlenen yakınları ile iletişime de geçilemediği durumlarda herhangi bir sözleşme söz konusu

[85] Macrez, **agk.,**132

olmayıp ve sorumluluk rejiminin haksız fiil hukuku ilkelerine dayalı olduğu kabul edilmiştir. 4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası, tıbbi sorumluluğun yasal dayanağını özgün bir hale dönüştürmüştür. Ancak hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, uygulanan hüküm artık Medeni Kanun'un 1382. maddesidir, yani bu durumda hekimin sorumluluğu haksız fiil hukukuna dayanmaktadır. Kara Avrupası hukuk sistemlerine paralel bir şekilde bu kanun çerçevesinde de tıbbi uygulama hatasından sorumluluğun doğması üç temel koşul barındırmaktadır: 1) Kusursuz sorumluluk hallerinin istisna olarak yer almadığı durumlarda geçerli olmak üzere, bir ihmalin varlığı, 2) Mağdurun bir zarara uğramış olması, 3) Zarar ve eylem arasındaki nedensellik bağı. [86]

4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası, tıbbi uygulama hatası vakalarında kusur sorumluluğu ilkesini yeniden teyit etmektedir. Bununla birlikte, doktorun belirli durumlarda kusursuz sorumluluğunu da kabul eder. 1936 yılında verilen *Mercier* kararından bu yana, Fransız Hukuku geleneksel olarak hekimin "araç sorumluluğu" *(obligation de moyen)* olduğunu varsaymaktadır. Bu kavrama göre hekimin sorumluluğundan bahsedebilmek için sadece beklenen iyileşmenin olmaması yeterli olmayıp hekimin ihmalini de tespit etmesi gerekmektedir. Nitekim bu sorumluğun altında olan bir hekim makul özen göstererek istenen sonucu elde etmeye çalışmalıdır. Bunun karşıtı olan sonuç sorumluluğu ise (*obligation de résultat)* davalının vaat edilen sonucu her ne pahasına olursa olsun elde etmesi gerektiğine işaret etmektedir. Genel olarak Fransız mahkemeleri, mağdurların tazmin edilebilmesi için bir ihmalin varlığının kanıtlanmasını pek aramamaktadırlar. Basit bir hata veya beceriksizlik ihmal olarak nitelendirilebilir. Teşhis ile ilgili olarak, yanlış teşhisin kendi başına bir hata olmadığı unutulmamalıdır. Hekim, yalnızca görevini tamamlamak için gerekli kaynakları toplamada başarısız olursa ihmalkâr olarak kabul edilir. Bu nedenle, bu tür bir teşhisi gözden geçirmeyi haklı çıkaran işaretlere rağmen, doktorun teşhisinde ısrar etmesi ihmaldir ve yanlış teşhis, daha ileri tetkiklerle veya daha uzman meslektaşlarına başvurarak önlenebiliyorsa doktor kusurludur. Fransız Danıştay'ı, tümör olmamasına rağmen hastanın böbreğinin alındığı bir olayda bir tümörün varlığını doğrulamak için gerekli araştırmaları yapmayan bir hastaneyi kusurlu bulmuştur. [87]

[86] Macrez, **agk.,**133

[87] Macrez, **agk.,**134

İhmal, bir sağlık hizmetinin işleyişi bağlamında gerçekleşebilir. Bu tür ihmale örnek olarak hastanın kaydında bazı unsurların göz ardı edilmesi veya bir hemşirenin hizmetten sorumlu hekimle zamanı geldiğinde temasa geçmemesi gösterilebilir. Tıbbi ihmalin, kasıtsız adam öldürme veya kişinin bütünlüğüne istem dışı zarar verme gibi bir suç teşkil edebileceği de unutulmamalıdır. Hekimler ve sağlık çalışanları, görevlerini yerine getirirken işledikleri eylemler nedeniyle giderek daha fazla ceza yargılaması ile karşı karşıya kalmaktadır. Ceza mahkemeleri sağlık çalışanının cezai olarak mahkum etmesi halinde hukuk davasını da kendi bünyesinde görerek başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tazminat vermesi söz konusudur. Böyle bir prosedür, ceza hâkiminin topladığı delillerden yararlanıldığı için mağdurlar için avantajlıdır. Ayrıca Fransız Yasalarına göre tüzel kişiliklerin de (*personnes morales)* cezai sorumluluklarının olabileceğini belirtmek gerekir. Sağlık çalışanlarına yönelik cezai mahkumiyetler, özellikle taksirle adam öldürme ve taksirle yaralanmalar son yıllarda artmaktadır. Fransız mahkemeleri tıbbi uygulama hatası davalarında görece serttir. Örneğin, Fransız Yargıtay bir kolyoskopi için bir stajyerine nezaret eden ve stajyerin hastanın ölümüyle sonuçlanan bir kanamaya neden olduğu bir doktoru adam öldürme suçundan mahkûm etmiştir. Fransız hukukunda hekimlerin sorumluluğu açıklama sorumluluğunu da içermektedir. Bu çerçevede hekimin görevini yerine getirirken ihmal ettiği duruma ek olarak, ayrıca açıklama görevini ihlal etmekten de sorumlu olabilir. Bu görev, 4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası tarafından pozitif temele kavuşturulmakla beraber; daha öncesinde de içtihat tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay, böyle bir açıklama yükümlülüğünün insan hayatının korunmasını düzenleyen anayasal ilkeden kaynaklandığı kararına varmıştır. Yargıtay'ın bu kararından önce hekimler hastayı istisnai riskler konusunda bilgilendirmek zorunda değildi. Bununla birlikte, Yargıtay (Cour de cassation) doktorun hastayı "ortaya çıkabilecek tüm rahatsızlıklar" ve istisnai olanlar da dahil olmak üzere tüm riskler konusunda bilgilendirmesi gerektiğine karar vermiştir. İdare mahkemeleri de hukuk mahkemelerine benzer bir tutum benimsemiştir. Müdahalenin tıbben gerekli olduğu gerçeği açıklama görevini ortadan kaldırmaz. Hekimin ayrıca bu tür bir tedavi veya operasyon lehinde veya aleyhinde tavsiyede bulunma görevi vardır ve hastayı olası reddi veya rızasının sonuçlarından haberdar etmelidir. [88]

[88] Macrez, **agk.,**135

Hastanın psikolojik durumu, tıbbi tavsiyenin veya tedaviyi veya operasyonu kabul etme veya reddetme kararının sonuçlarının anlamasına olanak tanımıyorsa hekim bilgileri hastaya iletmeksizin durumu aile ile paylaşmalıdır. Hastayı bilgilendirmenin bu sınırları, meşru gerekçelere ve hastanın "patolojinin doğasına, öngörülebilir evrime ve hastanın kişiliğine göre değerlendirilmesi" gereken menfaatine dayanmalıdır. Yargıtay 1997 yılında vermiş olduğu bir kararında açıklama görevinin yerine getirildiğine dair ispat yükünün doktora ait olduğuna karar vermiştir. 4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası bu çözümü yasal çerçeveye kavuşturmuştur. Bu yükümlülüğünün temelinde tıbbi yardım faaliyetinin uygulanmasının bir vaka olduğu düşünüldüğünde, bunun bir delille her zaman ispatlanabileceği ön kabulü yatmaktadır. Bu nedenle doktor (özellikle cerrahlar), hasta tarafından imzalanması gereken, mümkün olan en açık şekilde sağlanan bilgileri içeren bir belge hazırlayarak, bilgilendirme görevinin yerine getirildiğine dair önceden kanıt oluşturmalıdır. Fransız hukuk sisteminde ilgili bilgiyi açıklamayı ihmal eden bir hekimin hastasını daha iyi bir kararla sonunda gerçekleşen riskten kaçma fırsatından mahrum ettiği kabul edilmektedir. Bu da hastanın maruz kaldığı yaralanma tazmin edilebilir bir zarar haline gelir. Tazmin edilebilir hasar, tedavi veya operasyondan kaçınma fırsatının kaybedilmesi ile belirlenmektedir. Başka bir deyişle, hastayı bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmaması, sonunda farkına varan riskten kaçma şansının (*perte de chance*) kaybıdır. Öte yandan Fransız Yargıtay'ı 2010 yılına kadar hastanın ilgili bilgileri almamış olmasından kaynaklanan manevi tazminat talebini reddetmiştir. Ancak Fransız Yargıtay'ı 3 Haziran 2010'da bu kararından dönerek, hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı, hastanın manevi tazminat hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. [89]

4.3.3. Kusursuz sorumluluk

Tıbbi sorumluluğun sözleşme kanununa dayandığı zamanlarda (yani 2002 kanunundan önce), doktorların veya kliniklerin bazen bazı çok özel durumlarda hastalarına bir sonuç sorumluluğuna *(obligation de résultat)* dayalı olarak borçlu oldukları varsayılıyordu. Bu gibi durumlarda, herhangi bir ihmal tespit edilmemesine rağmen beklenen sonuca (örneğin, analizlerin yürütülmesinde güvenlik) ulaşılamadığı için sorumludurlar. Günümüzde çeşitli metinlerde özellikle hekimin sağlık ürünleri sağladığı durumlarda ve

[89] Macrez, **agk.,**137

hastaya hastane kaynaklı veya nozokomiyal enfeksiyon bulaştığında kusursuz sorumluluğa sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu tür kusursuz sorumluluklarının ilki sağlık uzmanları tarafından sağlanan ürünler için söz konusu olan kusursuz sorumluluktur. Halk Sağlığı Kanunu, hastalara sağlanan sağlık ürünlerinin (*produits de santé*) neden olduğu herhangi bir zarardan sağlık profesyonellerinin kesinlikle sorumlu olduğunu belirtir. Açıktır ki yasa, sağlanan ürünün kusurlu olmasını gerektirmektedir. Bu tür ürünler farmasötikler, kozmetikler, zehirli maddeler ve müstahzarlar, aşılar, kontraseptifler, böcek öldürücüler, özel tıbbi amaçlı diyet gıdaları veya tıbbi cihazlar olabilir. Kanun bunu yaparken mahkemeler tarafından geliştirilen önceki çözümleri de teyit etti. Örneğin, doktorlar veya diş hekimleri, protezlerin takılmasına ilişkin ihmallerin belirlenmesi gerekmesine rağmen, tedarik edilen protezlerin güvenliğinden uzun süredir kesinlikle sorumludurlar. Dahası, Yargıtay, kan nakli kurumlarının, sağladıkları düşük kaliteli kan ürünlerinin neden olduğu zarardan kesinlikle sorumlu olduğuna karar vermiştir. Fransız Danıştay'ı, kamu sağlığı kurumlarının tedarik ettikleri veya kullandıkları kusurlu ürünlerden ve malzemelerden kesinlikle sorumlu olduğu kararına varmıştır. Kontamine kan nakilleri için (örneğin HIV, hepatit), idare mahkemeleri ayrıca herhangi bir ihmal kanıtı gerektirmeden mağdurlara tazminat vermiştir. [90]

Bundan başka hastane kaynaklı enfeksiyonlar için kusursuz sorumluluk ("hastane kaynaklı enfeksiyonlar"). Nozokomiyal (hastane kaynaklı) enfeksiyonlarla ilgili olarak; Yargıtay doktorların ve özel sağlık kurumlarının "sonuç için güvenlik yükümlülüğü" altında olduğuna karar vermiştir. Diğer bir deyişle, enfeksiyon tıbbi bakıma atfedilebilecek herhangi bir zamanda, klinikler ve doktorlar, mağdurun zararının harici bir nedenden kaynaklandığını tespit etmedikçe (*cause étrangere*) kesinlikle sorumludur. Bu bağlamda, idare mahkemeleri, hastanede yatarken hastanın vücuduna bir mikrobik organizmanın kaza sonucu girmesi durumunda hastanenin ihmalinin olduğuna bir karineyi benimsemektedirler. Bununla birlikte, Danıştay, endojenöz enfeksiyonları, yani hastanın vücudunda halihazırda mevcut olan ancak hastaneye yatma sırasında ortaya çıkan bakterilerden kaynaklanan enfeksiyonları bu sorumluluğun dışında tutmuştur. Üçüncü olarak tedaviyle ilgili risklerden kaynaklanan zararlar için kusursuz sorumluluktan bahsetmek gerekir. Genel kural itibarıyla tıbbi bakım sırasında herhangi

[90] Macrez, **agk.,**139

bir ihmalin bulunmadığı bir kazanın meydana gelmesi halinde mağdur tazmin edilemez. Öte yandan 4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası'ndan önce, idare mahkemeleri, kamu hastanelerindeki hastaların yararına hakkaniyet anlayışıyla yönlendirilen bir tazminat programı oluşturmuşlardır. Bu doğrultuda Danıştay 1993 *Bianchi* kararında, birtakım şartları tespit etmiştir: "İstisnai fakat bilinen bir riskle hastanın tedavisi veya teşhisi için gerekli olan tedavide hastanın bu tür bir riske yatkınlığının olmaması ve hasarın veya son derece ciddi yaralanmanın bu riskle doğrudan ilgili olduğuna ulaşılması gerekir. Tazminatın yalnızca hastanın bakımdan önce çektiği ve hastanın önceki durumunun makul ölçüde öngörülebilir bir gelişimi oluşturmayan bariz bir anormallik sergileyen bozukluklar için verilmesi ilkesi benimsenmiştir. " 4 Mart 2002 tarihli Hasta Hakları Yasası, mağdurların ciddi zarar gördüğü durumlarda (% 24'lük kalıcı sakatlık veya altı aydan fazla geçici iş göremezlik) tıbbi riskler için bir tazminat planı oluşturmuştur. [91]

4.4.İtalya

4.4.1. Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk Yaklaşımı ve Yarattığı Sorunlar

İtalya'da 2000'li yıllardan itibaren tıbbi mesleki sorumluluk, sağlık hizmetleri politikasında önemli bir konu ve sağlık hizmetleri ekonomisi için büyük bir endişe konusunu teşkil etmiştir. Bu tarihsel süreçte İtalya'da tıbbi uygulama hatası davalarında çarpıcı bir artış meydana gelmiş ve bu da mesleki sorumluluk sigortası üzerinde önemli etki oluşturmuştur. Bu durum da sigorta primlerinde hızlı bir artışa ve sigorta kapsamının boyutuna ilişkin çok sayıda kısıtlamaya neden olmuştur. Malpraktis davalarındaki bu artışa yanıt olarak, doktorlar, gereksiz olduğu ileri sürülen önlemler alarak aşırı bir defansif tutum sergilemeye başlamışlardır. Bu da tıbbi bakım hizmetlerinin doktorların, hastaların çıkarlarına en uygun olabilecek tedaviyi yapmaktan sakındığı pasif bir yapıya dönüşmesine yol açmıştır. Maliyetler ve bakım kalitesi üzerinde önemli ölçüde olumsuz bir etkiye sahip olduğu kabul edilen bu tür durumlar, mevcut İtalyan tıbbi sorumluluk sisteminde bir krizin varlığını açıkça göstermektedir. Bu kriz, hekim-hasta ilişkisinin niteliğine ilişkin açık düzenlemelerin olmaması ve tıbbi sorumluluk arasındaki karşılıklı bağlantıların önemi ile tıbbi uygulama hatası davaları ile uğraşırken mahkemeler tarafından benimsenen karma yaklaşımın önemi

[91] Macrez, **agk.,**151

vurgulanarak daha iyi anlaşılabilir. Bu yaklaşım, sözleşmeye dayanan ve haksız fiil ile medeni veya cezai her türlü sorumluluk arasındaki sınırların bulanıklaşmasıyla ortaya çıkan karmaşıklık göz önüne alındığında son zamanlarda daha da kafa karıştırıcı hale gelmiştir.[92]

Hekim-hasta ilişkisinin niteliğini tanımlama meselesi, hekimin bakım yükümlülüğünün hastaya karşı olunan sözleşmeden kaynaklı bir borçtan değil, özel ya da kamu hastanesiyle kurulan iş ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk olduğuna yönelik bir yargı hakimdir. Bu gibi durumlarda, İtalyan Medeni Kanun'u hekimin hastayla ilişkisini açıkça tanımlamadığından mahkemeler ve doktrin farklı yorumlar geliştirmiştir. Bundan başka İtalyan Hukuku'na hakim olan geleneksel görüş, hekim ile hasta arasında doğrudan hukuki bir ilişki kurulamayacağı ve yaralı taraf olarak hastanın yalnızca haksız fiil davasına dayanabileceği şeklindeydi. Bu görüş, kademeli olarak yerini hasta doktor arasında bir sözleşmenin bulunduğu varsayımına dayanan sözleşmeden kaynaklanan borç anlayışına bırakmıştır. Bu yaklaşımlara dayanarak, tıbbi ihmal halihazırda genel bir bakım yükümlülüğünün ihlali yerine belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk da sözleşmeye bağlıdır.[93]

Tıbbi uygulama hatası vakalarının, haksız fiil yerine sözleşme ihlali olarak ele alınması durumun doğası gereği sorunlu, davacı tarafından kusur ve nedensellik kanıtlaması zor (veya imkânsız) durumlarda bile davacıya zararları tazmin etme imkânı sağlamak için benimsenen bir politika gibi görünmektedir. Tıbbi sorumluluğun değişen görünümünün, birtakım sonuçları vardır: (1) ispat yükünün tahsisi (araçlara ilişkin yükümlülükler ile sonuçlara ilişkin yükümlülükler arasındaki ayrımla birlikte); (2) nedenselliğin kanıtı (gerçekte nedensellik ile ilgili medeni ve ceza kanıt standartları arasındaki farka daha fazla atıfla birlikte); (3) bilgilendirilmiş onamın rolü; ve (4) reçete rejimi. Olumsuz etkilerden mustarip hastalar için tazminatı iyileştirme ve belki de bu tür olumsuz etkilerden kaçınmak için teşvikler sağlama amaçlarına ulaşırken, söz konusu yeni yaklaşım, tıbbi uygulama hatası davalarındaki hızlı artışın ana nedeni olarak

[92] Marzo, D. C. (2013). Medical Malpractice: The Italian Experience (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık,s.211-214

[93] Marzo, 2013, **agk.,**212

görünmekte ve bu da hastanelerin ve hekimlerin sorumluluk sigortası harcamalarında bariz yansımalara yol açmaktadır. [94]

Geleneksel görüşe göre, bir hastanın tedavi veya rutin bir kontrol için hastaneye yatırılması hasta ile hastane arasında profesyonel hizmetler için bir sözleşmenin oluşturulmasını içerir; burada hastane, sözleşme şartları altında hastanın tedavisi için gerekli bakımı sağlama yükümlülüğünü üstlenir. İtalyan tıbbi sorumluluk sisteminde 2010'lu yıllardan itibaren meydana gelen gelişmeler, zararların alınabileceği vakaların sayısında kademeli olarak katlanarak ve kişisel yaralanma taleplerinde buna paralel bir artışa yol açmıştır. Her iki etki de tıbbi sorumluluğun "sözleşmeye dayalı hale getirilmesi" ile ilgilidir ve bu, davacının sorumluluk koşullarını kanıtlamasını kolaylaştırmıştır. Örneğin, sanığın kusurunun tespiti, alternatif ispat mekanizmalarına (varsayım gibi) başvurmanın bir sonucu olarak yavaş yavaş ortadan kalktığı ölçüde marjinal bir hale gelmiştir. Tıbbi sorumluluğun sözleşmeye dayalı hale getirilmesi ve bilgilendirilmiş onam kriterine görece çok belirleyici bir rol biçilmesi, malpraktis davalarını haksız fiiller açısından belirleyici olan zararın tazmin edilebilmesi için nedensellik bağı koşulunun da sağlayacağı filtreleme işlevinden yoksun bırakmış bu da bu tür davaların artışına yol açmıştır. Bununla birlikte, bir yandan tazminat alınabilecek zarar türleri artarken diğer yandan tıbbi sorumluluğun giderek daha az kişisel hale geldiğini de belirtmek gerekir. Gerçek, uygulanacak tedavi ne kadar karmaşık hale gelirse belirli bir kişinin sorumluluğunu tesis etmenin o kadar zor (ve bazen yararsız) olması durumuyla ilgilidir. Tüm bu faktörler, İtalyan tıbbi sorumluluk sisteminin, sadece hasarları onarmak yerine hasarların önlenmesini teşvik etme kapasitesi hakkında ciddi bir soru ortaya çıkarmaktadır. Geleneksel düzeneğin kısıtlamalarının ötesinde, sağlığı koruma amaçlarının daha kapsamlı bir şekilde yasal çerçeveye oturtulması gündeme gelmiştir. [95]

4.4.2.Bir Çözüm Girişimi Olarak "Gelli Kanunu"[96]

[94] Marzo, 2013, **agk.,**212

[95] Marzo, 2013, **agk.,**213

[96] Vismara, L. (2017) The "Gelli Law" - A New Era for Medical Liability in Italy. https://www.genre.com/knowledge/blog/the-gelli-law-a-new-era-for-medical-liability-in-italy-en.html Erişim tarihi:.30.05.2021

Yukarıda bahsi geçen sorunlara çözüm olması amacıyla 1 Nisan 2017 tarihinde Gelli Kanunu olarak bilinen 24/1207 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun yürürlüğe girmesinin ana nedenlerinden biri, İtalya'da birçok tıp uzmanının, cezai ve hukuki sorumluluğun hedefi olma riskinden kaçınmak istedikleri için tıbbi tedavileri uygularken defansif bir yaklaşım benimsemişlerdir. Yasa, Tıbbi Kötü Uygulama sigortası pazarı için daha iyi yapılandırılmış bir düzenleme sunmayı amaçlamıştır.

Kanun, hastanelerde istihdam edilen doktorlar ve diğer tıp pratisyenleri için "sözleşmeye bağlı olmayan" bir sorumluluk öngörmektedir; bu da ispat yükünün davacı tarafında olmasıyla dava açmak için beş yıllık bir zamanaşımının bulunması anlamına gelmektedir. 10 yıllık zaman aşımı süresi ve ispat yükümlülüğünün davalı tarafta olduğu "sözleşmeye dayalı" sorumluluk hastaneler ve özel muayenehanedeki tıp uzmanı için hala geçerliliğini korumaktadır. Bu, bir tıp uzmanının sorumluluğunun hastayla olan ilişkiye tabi olduğu anlamına gelir. Özel muayenehanedeki bir tıp profesyoneli ile doğrudan bir ilişki sözleşmeye bağlıdır.

Hastanelerde veya benzeri kuruluşlarda (kamu veya özel sağlık merkezleri gibi) çalışan tıp uzmanları / pratisyen hekimler - medeni hukuk (madde 2043 Medeni Kanun) uyarınca - yalnızca belirli kılavuz ilkelerin ihlali durumunda sorumlu tutulabilirler. Haksız fiil, ağır ihmalden veya gönüllü bir eylemden kaynaklanıyorsa hastanenin tıp uzmanına karşı rücu hakkı vardır.

Anılan yasa, sigortanın hem "sözleşme dışı sorumluluğu" (Madde 2043 Medeni Kanun) hem de artık hastanelerde çalışan doktorlar için zorunlu olan ağır ihmalleri kapsadığını tanımlamaktadır: Sorumluluk teminatının işveren tarafından sağlanması gerekmektedir (yani, "Hastane") ve ağır ihmal için olanın, bir "ağır ihmal" durumunda hastane (veya sigorta şirketi tarafından) tarafından yapılacak bir kurtarma işleminin karşılanmasını garanti etmek için hekimin kendisi tarafından satın alınması gerekir.

4.5.Kanada

4.5.1.Malpraktis Hukuki Rejimi

Kanada tazminat hukuku, malpraktis davaları özelinde, oldukça istikrarlı bir şekilde ilerlemektedir. Bu hususta başta hekimler olmak üzere konunun taraf ve paydaşlarından herhangi bir şikayet ve dolayısıyla bir değişiklik talebi bulunmamaktadır. Kanada'daki

tıbbi uygulama hatası davalarının hacmi ve maliyetini etkileyen en az altı faktörden bahsetmek mümkündür. Birincisi, ABD'den farklı olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından 1970'lerin sonlarında oluşturulan içtihat ile kişisel yaralanmalara ilişkin manevi tazminatlara sınır getirilmiştir. İkinci olarak doktorlardan reform yapma konusunda herhangi bir baskı yoktur çünkü Kanada Tıbbi Koruma Derneği (*CMPA*) tarafından yürütülen etkili bir sigorta planı, hekimleri haksız fiil sorumluluğunun getireceği mali sorunlara karşı koruma sağlamaktadır. Bir hekimin tıbbi uygulama hatası yapmış olması sigorta primlerinde bir artışa yol açmamaktadır. Eyaletler de Kanada Tıbbi Koruma Derneği ücretlerinin önemli bir bölümünü geri ödeyerek malpraktis davalarının yaratacağı maddi etkilerin azaltılmasında önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır. Üçüncüsü, Kanada Tıbbi Koruma Derneği, tıbbi uygulama hatasının dava konusu olması durumunda mali kaynaklarını sonuna kadar kullanarak en etkin savunmayı yapması, bu tür davaların açılmasında açısından caydırıcı bir etkide bulunmaktadır. Dördüncüsü, Kanada yargı sistemindeki masraflara hükmetmeye ilişkin kuralları, davacıların temelsiz iddiaları yargı önüne getirmede caydırıcı rol oynamaktadır. Beşincisi, tıbbi uygulama hatası vakalarında nedensellik kurmanın doğasında var olan zorluklar, doktorlar için mevcut geniş savunmalarla birleştiğinde, davacı hastanın karşı karşıya olduğu zorlu mücadeleyi daha da kötüleştirmektedir. Son olarak, haksız fiil hukuku sistemi, doktorları, hastaneleri yanlış uygulamalardan kaynaklanan dolaylı sorumluluktan koruyan "bağımsız savaşçılar" olarak ele alır. Bu durumda bir şekilde sorunludur, çünkü haksız fiilin caydırıcı etkilerinin sağlık sistemi içinde doğru seviyede hedeflenmesi gerekir.[97]

Tıbbi yanlış uygulama haksız fiil yasasında reform yapılması için acil bir talep olmamasına rağmen, hasta güvenliği ve bakım kalitesi konuları hala endişe verici olduğu için bunu Kanada'da her şeyin yolunda gittiğinin bir işareti olarak da görülememektedir. Kanada, hukuki uyuşmazlık yaratan olay oranları açısından diğer ülkelerle nispeten iyi bir karşılaştırma yapsa da son on yılda, çeşitli iller ciddi sistemik sorunlarla karşılaşmıştır: Newfoundland'da bir meme kanseri teşhisi krizi, Ontario'daki patologların yeterliliğiyle ilgili endişeler, Manitoba'da bir pediatrik bakım krizi vb. Kanada'da malpraktis hukuki rejiminin mevcut durumu, geniş bir çerçevede Kanada

[97] Flood, M. C. ve Thomas, B. (2013). Canadian Medical Malpractice Law in 2011: Missing the Mark on Patient Safety (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, s. 55-56

sağlık sistemini genel yapısı çerçevesinde ele alınabilir. Yirminci yüzyıl boyunca, sağlık hizmetlerinin sorumluluğu kamu sektörü tarafından üstlenildiği için hükümetin her kademesinin rolünü daha dikkatli bir şekilde belirlemek gereklidir. Federal hükümetin karantina, ceza hukuku, patent düzenlemesi ve harcama yetkisi gibi alanlarda yargı yetkisi varken sağlık hizmetleri için sorumlulukta asıl pay sahibi olan eyaletlerdir.[98]

Kanada hukukunda hukuki uyuşmazlık yaratan olaylar ilke olarak ceza, sözleşme ve haksız fiil hukuku çözümleriyle telafi edilebilir. Bununla birlikte ceza hukuku, medeni sorumluluğa kıyasla cezai sorumluluğa hükmetmek için gereken daha yüksek maddi ve usule ilişkin standartlar nedeniyle, tıbbi yanlış uygulamaların ele alınmasında görece daha çok az bir rol oynamaktadır. Kanada Ceza Kanunu, malpraktis olaylarına uygulanacak cezai ihmali, makul bir şüphenin ötesinde kanıtlanması gereken, "diğer kişilerin canına veya güvenliğine kayıtsız şartsız veya pervasızca göz ardı etmeyi" içeren hareketler olarak tanımlar. 1900 ile 2007 yılları arasında Kanada'da sadece on beş hekim cezai ihmal veya kasıtsız adam öldürme iddiasıyla yargılanmış ve yalnızca biri mahkum edilmiştir. Nadiren kullanılmasının yanı sıra, ceza hukuku tıbbi suiistimalle başa çıkmak için yetersiz bir donanıma sahiptir çünkü sağlık profesyonelleri genellikle iş birliği ve dayanışma anlayışı çerçevesinde çalışmaktadır ve bu da somut bir sorumlunun bulunup ve suçlamasını zorlaştırmaktadır. Özel hukuk yoluna başvurmak isteyen Kanadalı hastalar, haksız fiil hukukunun yanı sıra sözleşmede de dava açma seçeneğine sahiptir. Sözleşmedeki iddialar, makul özeni göstermek için zımni bir sözleşme şartının ihlal edildiğini iddia etmeye yönelik olabilmektedir. Sözleşme hukuku ve haksız fiil hukuku kapsamında bir hak talebinde bulunmak, genellikle davanın sonucunu önemli ölçüde etkilememektedir çünkü sözleşme ve haksız fiildeki tıbbi bakım standardı aynıdır. Ancak bazı durumlarda sözleşmeye bağlı olarak dava açmak zarar gören hastalara avantaj sağlayabilmektedir. Örneğin, rinoplasti sonrası estetik açıdan tatmin edici sonuca ulaşılamaması durumunda hekimin belirli bir sonucu garanti ettiği ve gerçekleştirilemediği kabul edilir ve haksız fiil ihmaline ek olarak sözleşmenin ihlali için de ayrıca tazminat ödenir. Bununla birlikte, medeni hukuk sistemine sahip olan Quebec'te sözleşme hukukunun biraz daha önemli bir rol oynadığına dikkat edilmelidir. Çoğunlukla, ortaya çıkan sözleşme yükümlülükleri, bir istisna dışında, haksız fiil hukukunda belirlenen yükümlülüklerle aynıdır. Sözleşmeden doğan

[98] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,56

yükümlülükleri altında, hekimlerin hasta izni olmadan görevleri devredebileceği sözleşmenin ihlaline yol açabilecek hizmetleri kişisel olarak sağlamaları beklenir. Örneğin *Currie/Blundell* davasında bir cerrah, "bir cerrahi asistanın doğrudan gözetimi altında kalp ameliyatı yapmasına izin vermiş, ancak önce hastanın rızasını almamıştır. Hastanın rızası olmadan böyle bir iznin verilmesi, mahkeme tarafından hasta / hekim sözleşmesine aykırı olduğu doğrultusunda eleştirilmiştir. "[99]

Hukuki uyuşmazlık yaratan tıbbi olaylar bazen ceza veya sözleşme hukuku endişelerini beraberinde getirebilirken, hatalı uygulama davalarının büyük çoğunluğu haksız fiil davaları olarak ilerler. Hastanelerde veya özel muayenehanelerde çalışan Kanadalı doktorların tıbbi uygulama hatası sorumluluk sigortası yaptırmaları gerekmektedir. Kanada Tıbbi Koruma Derneği (*CMPA*), Kanada'daki doktorların yaklaşık %95'ine mesleki sorumluluk koruması sunmaktadır. Hastaneler ve sağlık kurumları da sorumluluk sigortası yapmak zorundadırlar ve birçoğu üye ait kâr amacı gütmeyen bir sigorta organizasyonu olan Kanada Sağlık Sigortası Sandığına (HIROC) katılır. Ontario Hastaneler Birliği'nin alternatif sorumluluk düzenlemeleri talep eden bir raporuna cevaben 1987'de kurulan *HIROC*, şu anda Kanada'da 600'den fazla kurumu sigortalıyor. Sağlık kurumları tarafından ödenen primler, hekim primlerinden farklı olarak, deneyimden veya olumsuz geçmişten etkilenmeyen bir dereceye kadar zarara duyarlıdır. [100]

4.5.2. Uygulama ve Yargı Kararlarında Malpraktis

Kanada'da 1960'ların sonundan 1980'lerin sonuna kadar haksız fiil iddialarının sıklığı dört katına çıkmıştır. Bu nedenle 1980'lerin sonlarında, araştırmacılar Kanada'daki "tıbbi uygulama hatası patlamasını" açıklamak için büyük çaba sarf etmişlerdir. Yine de bu konuda açılan davaların sayı ve oranlarından o zamandan beri bir tür sabitlenme eğilimi görülmektedir. Bu oran yılda 100 hekim başına 1,7 ila 2,5 dava açılması şeklindedir. Öte yandan CMPA, 1999-2009 yılı arasında açılan davalardan yola çıkarak, CMPA üyeleri aleyhine açılan davaların sayısında belirgin bir düşüş olduğunu bildirmiştir. CMPA, bu düşüşte birçok faktörün rol oynadığını iddia etmektedir: 1) Daha az hukuki uyuşmazlık yaratan olay ile sonuçlanan daha iyi tıbbi bakım, 2) Artan farkındalık ve hasta güvenliği anlayışı, 3) Gelişmiş risk yönetim

[99] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,76

[100] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,70

prosedürleri, 4) Hastalara daha etkili ve zamanında yapılan açıklamalar ve uzlaşma girişimleri ve bu tür davaların azalmasında kaybeden bir tarafın, karşı tarafın masraflarının üçte ikisine kadarını ödemesine karar verilebilmesine olanak tanıyan yasal düzenlemeler de önemli bir rol oynamaktadır. Bununla bağlantılı olarak hastaların CMPA gibi iyi finansal kaynakları güçlü olan bir aktöre meydan okuma noktasında çekingen davrandığını söylemek mümkündür. Maliyetler genellikle iki ölçekten birine göre belirlenir, kısmi tazminat maliyetleri veya önemli tazminat maliyetleri. Kanada Yüksek Mahkemesi, geleneksel maliyet yaklaşımının, haksız talepler getirmeye caydırıcı olacağı kabulünden hareketle, hukuk sistemini yasal olarak sağlam bir haklılık arayan davacılar için daha erişilebilir hale getirerek adalet sisteminde adalet ve verimliliği ilerletmek olarak anlaşılabileceğine karar vermiştir. [101]

Hekimler aleyhinde açılan toplam dava sayısı azalmakla birlikte grup davaları oransal olarak belirgin ölçüde artış göstermektedir. Bu, doktorlara karşı açılan davaların sayısının azalmasına rağmen CMPA tarafından ödenen toplam tazminat miktarının neden arttığını açıklamaya yardımcı olabilir. Örneğin, gereksiz bir metroplasti ameliyatı yapmak için bir hastaneye ve doktora karşı son zamanlarda yapılan toplu davada mahkeme, yaklaşık 200 kadından oluşan bir grup için 9.9 milyon dolarlık bir anlaşmayı onaylamıştır. Kanada malpraktis hukukuna dair en belirgin sorun bu tür davalarda hükmedilen yüksek meblağlardır. Kanada'da tıbbi sorumluluk meselesi "süreklilik ve istikrar" kavramları ile karakterize edilmektedir. Bu konudaki hukuki çerçevede çok kapsamlı değişiklik olmamıştır ve güncel tıbbi uygulama hatası vakaları hala esas olarak elli yıl önce geliştirilen yasal ilkelere dayanmaktadır. [102]

Tarihsel olarak, hekim yükümlülüğü yaralama veya ihmal nedeniyle ortaya çıkan haksız fiiller kapsamında ele alınmaktadır. Davanın haksız fiilleri, bir doktorun hastanın tedaviye onayını almaması veya bunu zorlama, dolandırıcılık veya hile yoluyla elde etmesi gibi hafifletici nedenlerin bulunmadığı durumlarda ortaya çıkar. Yaralama, hasar kanıtı olmaksızın dava edilebilir ve yükümlülük öngörülebilir sonuçlarla sınırlı değildir. Bununla birlikte, Kanada Yüksek Mahkemesi, yaralamanın kapsamını *Reibl v. Hughes*[103] davasında sınırlandırmış ve birçok yaralama iddiasının yapısını daha düzgünce ihmal iddiaları olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, spesifik olarak, bir hekimin

[101] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,71

[102] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,72

[103] Karar metni için bkz.: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2563/index.do

bir prosedürün önemli risklerini ifşa etmemesinin, hasta tarafından serbestçe verilen rızayı hükümsüz kılmadığına karar vermiştir. Bu vakadaki hasta, dahili bir karotis endartektomisine rıza göstermiş, ancak prosedürle ilişkili % 10 inme riski konusunda uyarılmamış ve akabinde hasta ciddi bir felç geçirmiştir. Reibl'den bu yana tıbbi uygulama hatası davacıları yaralama iddialarında nadiren başarılı olmuşlardır. Bu karar ile açıklamanın eksik bir şekilde yapılmasının rızayı tamamen ortadan kaldırmış olmadığına dair genel bir kabul oluşmuştur.

İhmal, Kanada'daki doktorlar ve hastaneler aleyhine açılan davalarda dayanak olarak ilk sırayı işgal etmektedir. Bir ihmal davasında başarılı olmak için davacı, yasal bir bakım yükümlülüğü, yasal bir bakım standardının ihlali, davacıya ihlalin neden olduğu zarar veya kayıp ve kanunda telafi edilemeyecek kadar uzak olmayan bir zararın meydana geldiğini ispatlamalıdır. Davacı, ispat yükümlülüğünü taşır ve iddiasını inandırıcı olasılıklar dengesi üzerine tesis etmelidir. Hekimlerin hastalarına bir bakım yükümlülüğü borçlu oldukları genellikle tartışılmazdır. Hekimler, ihmallerinin bu tür kişileri etkileyeceğinin makul olarak öngörülebilir olduğu durumlarda üçüncü şahıslara karşı sorumlu bir şekilde davranma yükümlülüğüne sahiptir. Örneğin, doktorlar, bir hastanın araba kullanma yeterliliğini ehliyet verecek olan makama bildirmedikleri için bir araba kazasında yaralanan üçüncü şahıslara karşı sorumlu tutulmuşlardır. Doktorlar, riskleri ve alternatif tedavileri açıklamamaktan, düzgün teşhis edememekten, hizmetlerin yerine getirilmesinde ihmal, hataları açıklamamama ve gizlilik ihlalleri gibi durumlardan dolayı ihmalden sorumlu olabilir. İlgili bakım standardının ihlal edilip edilmediğine ilişkin tespitler yapılırken, uzman kanıtlarına ek olarak klinik kılavuzlarını, hasta güvenliği politikalarını ve davranış kurallarını referans almak etkili olabilir. Bu kılavuzlar belirleyici olmamakla birlikte, uyulmaması, standart altı bakımı akla getiren bir durum olarak görülmektedir. Risklerden haberdar etme yükümlülüğünün içeriği prosedürün türüne göre değişir. Kozmetik ve tercihi prosedürlerle ilgili riskler için gerekli terapötik tedavilerden daha yüksek bir açıklama yükümlülüğü bulma yönünde bir eğilim vardır. Doktorlar ayrıca hastaları alternatif tedaviler konusunda bilgilendirmekle yükümlüdür ancak yükümlülüğün, hastaları kendi illerinde maliyet kısıtlaması nedeniyle mevcut olmayan ancak başka bir bölge veya ülkede mevcut olan tedaviler hakkında bilgilendirmeyi kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Risklerden haberdar etmenin yasal yükümlülüğü, olası riskler veya alternatif tedavilerle sınırlı değildir ancak aynı zamanda doktorların, hastanın konumundaki

makul bir kişinin bilgilendirilmek isteyeceği hataları- kendi hataları da dahil olmak üzere - açıklamasını gerektirir. [104]

Bir görevin ve bakım standardının ihlalini kanıtlamanın yanı sıra, davacı, eylem veya ihmal (ihlal) ile söz konusu yaralanma arasındaki nedensellik bağını da kanıtlamalıdır. İhmalde nedensellik için geleneksel değerlendirme, yaralanmanın davalının davranışından kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususuna bağlıdır. Yüksek Mahkeme içtihadı, alt mahkemeleri katı bir nedensellik anlayışı uygulamakla eleştirmektedir ve tıbbi ihmal davalarında nedenselliğin belirlenmesi için "sağlam ve pragmatik bir yaklaşım" benimsemiştir. Mahkeme, nedenselliğin "bilimsel kesinlik ile belirlenmesine gerek olmadığına" karar vermiş ve alt mahkemeleri, sanık tarafından ileri sürülen aksi kanıtların yokluğunda nedensellik sonucuna varmaya daha istekli olmaya teşvik etmiştir. Bu durumda, bir hasta, gözünde retrobulber kanama görüldükten sonra doktorunun bir ameliyata devam etme konusundaki ihmalkâr kararının ardından optik sinirinde hasar oluşmuştur. Ameliyatı takiben, davacının gözündeki bir odayı kan doldurdu ve dokuz ay kaldı, bir noktada göz içindeki kanama optik sinire zarar vererek o gözü körleştiriyordu. Uzman tanıklar, körelmiş optik sinirin doğal olarak mı yoksa ameliyattan mı kaynaklandığını söyleyemedi ancak her halükârda sanığın ihmali sorunu çözmek için zamanında sorunu tespit etmeyi imkânsız hale getirmişti. Mahkeme, bu tür gerçekler hakkında nedensellik olduğu sonucuna varmanın uygun olduğuna karar vermiştir. Bir hastanın tıbbi müdahale sırası ve sonrasındaki bireysel davranışları bu nedensellik zincirinin kurulmasında önemli bir etkendir. Eğer doktorun hatası sadece davacının zararlarını önlemek için (düşük ihtimal) bir şansını kaybetmesine neden olduysa herhangi bir nedensellik bulgusu olmayacaktır. Bir hastanın, uygun bir teşhis konulduğunda veya uygun tedavi verildiğinde olumsuz sonucun ortaya çıkmayabileceğini göstermesi yetersizdir. Uzaklık, bir sanığı sorumlu tutmanın makul olup olmadığına dair bir soruşturmayı içerir ve bir sanığın yalnızca sanığın konumundaki makul bir kişi için öngörülebilir olandan sorumlu tutulması gerektiği şeklindeki politik endişelerinden kaynaklanır. Bir yaralanmanın öngörülemez veya çok uzak olduğunun belirlenmesi, yaralanmanın fiili nedeni ne olursa olsun yasal sorumluluğu sınırlandırmaya hizmet eder. *Martin/Inglis* davasında, bir hekimin mide sızıntısına neden olan gastroplasti ameliyatı performansında ihmalkâr olmadığı tespit

[104] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,73

edilmiştir. Davaya bakan hâkim, doktor ihmalkâr olsa bile yaralanmanın öngörülemeyen doğası nedeniyle sorumluluk yüklenmeyeceğine karar vermiştir. Operasyonun hemen ardından kritik dönemi atlatan gastroplasti hastalarının komplikasyon yaşama ve ölme olasılığı çok düşüktür. Davacının ilk operasyondan on dört buçuk ay sonra ölümünden de hekim bunu öngöremeyeceği için sorumlu tutulmamıştır. [105]

Hekim, ihmal iddialarına karşı en yaygın savunmalara örnek olarak şunlar sayılabilir: 1) hekimin önceden onaylanmış olan protokolü izlemiş olması; 2) hekimin mazur görülebilecek bir muhakeme hatası yapmış olması; 3) hastanın kasıtlı olarak ihmalkâr davranması. Bu hususları sırayla ele almak gerekirse; bunlardan ilkiyle ilgili olarak; Yüksek Mahkeme, *terNuzen v. Korn* davasında, mesleğin tanınmış ve saygın bir uygulamasına uygun olarak hareket eden doktorların genellikle ihmalden sorumlu tutulamayacağı kararına varmıştır. Mahkeme bu karara varırken uzmanlık eksikliğinden ve klinik kararların uygunluğundan şüphe edemeyeceğini vurgulamıştır. Bununla birlikte standart tıbbi bilgi ve beceriye sahip olmayan sıradan bir kişinin fark edeceği bir biçimde "bariz risklerle dolu" olan bir protokolün uygulanması halinde ilgili uygulayıcının ihmalden sorumlu tutulabileceğine de açık kapı bırakmıştır. İkinci olarak Yüksek Mahkeme, "muhakeme hatası"nın değerlendirdiği *Wilson - Swanson* davasında, "muhakeme hatası" kavramının becerisizlik, dikkatsizlik veya bilgi eksikliğinden ayırt edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme asgari bilgi ve beceriye sahip olan doktorlardan mükemmellik değil, makul davranışın beklendiğini ve makul doktorların bile hata yapabileceğini saptamıştır. Makul muhakeme hatası savunması çoğunlukla yanlış teşhis durumunda başvurulan bir yöntemdir. Öte yandan Kanada mahkemeleri ilk baştaki yanlış teşhisi kabul edilebilir bir muhakeme hatası olarak görürken, hastanın tedaviye yanıt vermediği ve durumunun kötüleştiği durumlarda ihmalin varlığını kabul etme eğilimindedirler. Üçüncü husus hastanın ihmale katkıda bulunduğu iddiası hastanın gördüğü zarardan tamamen veya kısmen kendi hareketlerinden sorumlu olmasıdır. Örneğin malpraktise dayalı bir zarar saptansa bile verilecek tazminatın hesaplanması noktasında davalılar, genellikle bir hastanın tıbbi yardım talebini makul olmayan bir şekilde geciktirdiğini ileri sürmektedirler. [106]

[105] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,74

[106] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,79

4.5.3. Kurumsal ve Kamusal Sorumluluk

Hastaneler, hastalara verilen zarardan hem doğrudan hem de dolaylı olarak sorumlu olabilir. Bir hastane, aşağıdakiler de dahil olmak üzere çeşitli eksikliklerden doğrudan sorumlu olabilir; yetersiz ekipman, yetersiz kayıt tutma, personelin/tedavinin uygunsuz performansı veya denetimi, ameliyat sonrası bakımın zayıf denetimi, hastaları enfeksiyondan korumadaki başarısızlık, acil durum departmanlarının uygunsuz denetimi, güvenli işleyiş için gerekli sistemlerin kurulamaması, belirli bir yaralanmanın tedavisine ilişkin yazılı bir protokole veya dahili düzenlemelere sahip olmama veya yazılı protokole uyulmaması, bir hastanın kendisine veya diğer hastalara zarar vermesini önlemede başarısızlık.[107]

Hastaneler, hemşireler gibi çalışanlarının kötü muamelelerinden dolaylı olarak sorumludur. Bir sağlık ekibinin parçası olarak çalışan hemşireler için hastanenin dolaylı sorumluluğu, hemşirelerin bağımsız becerilere, bilgiye ve muhakemeye sahip sağlık profesyonelleri olduğu, ancak doktorların emirlerine uymakla yükümlü oldukları göz önüne alındığında, ilginç sorunları ortaya çıkarmaktadır. Hastaneler ilke olarak doktor, hastane ve hasta arasındaki ilişkiye bağlı olarak, bir hastanede çalışan bir doktorun ihmalinden dolaylı olarak sorumlu tutulabilir. Hastaneler, tıp meslek personeli ve stajyerler gibi hastanenin kontrolü altında bulunan ana personel olarak istihdam edilen doktorlardan dolaylı olarak sorumludur. Bununla birlikte Kanada hastanelerinde çalışan çoğu hekim, hastane ayrıcalıklarına sahiptir ancak eyalet sağlık sigortası programları aracılığıyla ödeme alır ve bağımsız yükleniciler olarak kabul edilir. Bu hekimler doğrudan hastalarına karşı sorumludur ve hastaneler ihmallerinden dolaylı olarak sorumlu değildir. Hastaneler, hekimlerle aynı tür savunmalara başvurdukları gözlenmektedir. Bunlar hekimlerin onaylanmış bir protokolü takip etmiş olması, hastanın ihmali, zamanaşımının sona ermiş olması ya da doğan zararın öngörülebilir olmaması şeklindedir. Hastaneler ayrıca hekimin hastaneyle olan ilişkisinin doğasını, hastanenin bir temsilcisi yerine bağımsız bir yüklenici olarak nitelendirerek kendisini savunabilir ve böylelikle sorumluluktan kaçınabilir. Hastaneler tarafından kullanılan özgün bir savunma da sunulan tıbbi bakımın, hizmet verdiği toplumun makul beklentilerine göre yeterli olması savunmasıdır. Örneğin; *Bateman/Dorian* davasında, "Davalı hastane acil servisini acil tıp uzmanlarından ziyade yarı zamanlı pratisyen

[107] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,82

hekimlerle görevlendirdiği için sorumlu olmadığını mahkemeye kabul ettirebilmiştir."[108]

Son olarak idarenin sorumluluğundan bahsetmek gerekirse; Kamusal makamlar malpraktisle ilgili olarak haksız fiil sorumluluğuna tabi olabilmektedirler. İdari makamlara karşı açılan davaların çoğu, vatandaşların idarenin sağlık hizmetlerinin sunulmasında güvenli bir sistemi sürdürmekte başarısız olduğu iddialarını içermektedir. Örneğin, Toronto'da Şiddetli Akut Solunum Sendromu (SARS) salgınlarına ve Ontario genelinde Batı Nil virüsü salgınlarına yanıt olarak Ontario Temyiz Mahkemesi, Batı Nil virüsü ve SARS enfeksiyonu nedeniyle meydana gelen yaralanmalardan ortaya çıkan Ontario hükümetine karşı açılan davaları düşürdü. *Eliopoulos/Ontario* davasında Mahkeme, hükümetin sağlığı geliştirme ve Batı Nil virüsünün yayılmasına karşı koruma sağlama konusunda bir kamu hukuku yükümlülüğü olmasına rağmen davacı ile Ontario arasında özel bir bakım yükümlülüğüne yol açabilecek bir yakınlık ilişkisi olmadığı kararını almıştır. [109]

4.6.Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'taki sağlık hizmetlerinin büyük çoğunluğu Ulusal Sağlık Hizmeti kapsamındadır. Bu sistem, 1948 yılında Attlee Hükümeti tarafından kurulmasından bu yana, dünyanın en büyük kamu tarafından finanse edilen sağlık hizmeti haline gelmiştir. Bazı ilaçlar, göz ve diş hekimliği hizmetleri haricinde, Ulusal Sağlık Hizmeti (NHS), Birleşik Krallık'ta ikamet eden herkes için ücretsiz hizmet sağlamaya devam etmektedir. Ulusal Sağlık Hizmeti, malpraktis iddialarının başlıca muhatabıdır. Bu bağlamdaki davalarda, klinik ihmal iddialarında davacıların ihtiyaçlarını karşılamadığı görüşü hakimdir. Bu hususta temel neden olarak ise malpraktis tazminin finansmanının vergi mükellefleri tarafından karşılan olması gösterilmektedir. Özel sektörde de bir takım sağlık hizmetleri vardır, ancak Ulusal Sağlık Hizmeti, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda'da birincil sağlık hizmeti sağlayıcısı olmaya devam etmektedir. Bunun büyük bedelleri vardır, çünkü Ulusal Sağlık Hizmetindeki tıbbi hatalı uygulamaların bir sonucu olarak tazminat ve yasal masraflar ödenirse bu para vergi mükellefinden gelir. Birleşik Krallık'ta kamu hizmeti hükümlerinde kemer sıkma oranlarının arttığı bir

[108] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,83

[109] Flood ve Thomas, 2013, **agk.**,83

çağda, klinik ihmal iddialarının kamu bütçesinde maliyetlerinin artması konusunda siyasi ve idari aktörler nezdinde büyük bir endişe hakimdir.[110]

Lord Woolf, 1996 yılındaki Birleşik Krallık Medeni Hukuk Adalet Sistemine (Civil Justice System) dair hazırlamış olduğu görüş yazısında, en fazla değerlendirmeyi tıbbi uygulama hatası davaları üzerine yapmıştır çünkü bu alanda adalet sistemi davacıların ihtiyaçlarını bariz şekilde karşılamamaktadır. Lord Woolf, sistemle ilgili beş ana sorunu vurgulamıştır: (1) özellikle küçük ölçekli davalardaki tıbbi ihmalde maliyetler ve zararlar arasındaki aşırı orantısızlık; (2) taleplerin çözümlenmesindeki sık karşılaşılan kabul edilemez gecikme; (3) temelsiz iddiaların ve bariz savunmaların değerlendirilmesinin aşırı uzun sürmesi; (4) diğer kişisel yaralanma davalarına göre daha düşük başarı oranı; ve (5) diğer birçok dava alanına kıyasla taraflar arasında işbirliği eksikliği. Bu rapor esas alınarak Medeni Usul Hukukunun yasal çerçevesinde gerçekleştirilen değişikliklerle, malpraktis davalarında dava sürecini iyileştirmek için çeşitli tedbirler içermiştir. Bu değişikliklerden sonra yayımlanan bir başka raporda ise sistemin tıbbi bakımdan kaynaklı zarar görenlere tazminat sağlama yetersiz kalmaya devam ettiği vurgulanmıştır. Nitekim bu rapor, hekimin kusuruna dayanan sistemden vazgeçilerek, doğrudan NHS'in kusursuz sorumluluğuna dayalı bir tazminat sistemi getirilmesini tavsiye etmiştir.[111]

Bu tür reform çağrılarına yanıt olarak, Sağlık Bakanlığı tazminat ve şikayet taleplerini ele alma sistemi üzerinde bir inceleme başlatmış ve bunun sonucunda 2003 yılında Kamu Sağlığı İdaresi Başkanı (Chief Medical Officer) tarafından bir rapor hazırlanmıştır. Kamu Sağlığı İdaresi Başkanı, başta maliyetler ve çerçevelendirmedeki pratiklikler olmak üzere her tür yaralanma için geniş kapsamlı kusursuz sorumluluğa dayalı bir planı reddetmiş yalnızca İngiltere için geçerli olacak ve "ciddi şekilde standartların altındaki NSH hastane bakımının bir sonucu olarak" zarar gören hastalara tazminat sağlayan yeni bir sistem önermiştir. (NSH Düzeltme Planı: *The NHS Redress Scheme*) Bu sistem de 2006 yılında çıkarılan bir kanunla anılan plan yasal temele oturtulmuştur. Anılan sistemin dört ana bileşene sahip olması hedeflenmiştir: (1) zarara yol açtığı iddia edilen olayın ve bunun sonucunda ortaya çıkan zarara ilişkin bir soruşturma; (2) hastaya ne olduğu ve neden olduğu ve tekrarı önlemek için önerilen

[110] Goldberg, R. (2013). Medical Malpractice and Compensation in the UK (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 439

[111] Goldberg, 2013, **agk.,**441

eylem hakkında bir açıklama sağlanması; (3) gerektiğinde iyileştirici tedavi, terapi veya sürekli bakım sağlayan bir bakım paketinin geliştirilmesi ve sunulması; ve (4) NSH'nin karşılayamadığı ağrı, ıstırap ve bakım veya tedavi masrafları için cepten yapılan harcamalar. [112]

4.6.1.Tazminat Şartları

Tıbbi ihmal için tazminat isteyen bir kişi üç şeyi ispat etmek zorundadır.: (1) sanığın hastaya bakım yükümlülüğünün borçlu olduğu; (2) sanığın bu görevi ihlal ettiği; ve (3) bakım görevinin ihlalinin hastaya zarar verdiği. Bunlardan ilki olan bir doktorun hastasına borçlu olduğu bakım yükümlülüğü uzun süredir İngiliz ve İskoç hukukunda mevcuttur. Klinik ihmalde hastaya borçlu olunan bir bakım yükümlülüğünün tesis edilmesi genel olarak sorunlu olmamakla birlikte, diğer iki gerekliliğin belirlenmesi doktorun hastaya karşı bakım yükümlülüğünü ihlal ettiği ve bu ihlalin hastaya zarar verdiği şeklindedir. İkinci olarak sanığın ihmalkâr olduğunu tespit etmek için davacının, sanığın gerekli bakım standardının altında kaldığını göstermesi gerekir. Doktordan talep edilen bakım standardı, oldukça yetenekli ve deneyimli doktorların standardıdır. 1957 yılında *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* davasında mahkeme şu saptamalarda bulunmuştur: "Bakım standardı testi, sağlık hizmeti sunan ve bu doğrultuda gerekli olan özel beceriye sahip olduğunu iddia eden sıradan yetenekli bir adamın standardıdır. Bir insanın en yüksek uzmanlık becerisine sahip olması gerekmez, bu belirli sanatı icra eden sıradan bir ehil insanın olağan becerisini kullanmasının yeterli olacağı genel geçer bir kabuldür. " Davanın adından kaynaklı olarak "Bolam Testi" olarak anılan yaklaşıma göre bir doktor, söz konusu uygulamada uzman tıp profesyonellerinden oluşan sorumlu bir organ tarafından uygun olarak kabul edilen bir uygulamaya uygun olarak hareket etmişse, sadece aksi bir görüşü savunduğu için ihmalden suçlu sayılmayacaktır.[113]

Bu nedenle, bir durumla ilgili farklı tıbbi görüşlerin bulunduğu hallerde, *Bolam* kararı bir doktorun, diğerlerinden farklı bir görüşü savunmasının ihmalinin bulunduğu hükmüne varılması için yeterli olmadığına yönelik bir içtihat oluşturmuştur. Bu görüş Lordlar Kamarası tarafından 1985 yılında *Maynard v. West Midlands Area Health Authority* davasında onaylanmıştır. Ne var ki İngiliz yargısının bu içtihadı 80'li yılların ortalarından itibaren doktrin tarafından sert eleştirilere maruz kalmış ve mahkemelerin

[112] Goldberg, 2013, **agk.,**442

[113] Goldberg, 2013, **agk.,**452

hekimlerin mesleki sorumluluklarını yüklenmelerini tamamen engelleyen bir tutum geliştirdiği şeklinde yorumlanmıştır. Bunun sonucunda da mahkemeler, doktorlara şüpheyle yaklaşma, tıp uzmanlarının güvenilirliğini sorgulama ve hatta nadir durumlarda klinik bulgulara dayalı bilirkişi raporlarının kabul edilmemeye başlandığı gözlenmiştir. Bu eğilim en somut görünümünü Lordlar Kamarası'nın *Bolitho v. City Hackney HA* davasındaki kararıyla sergilemiştir. Bu karar malpraktis davaları açısından "kadife devrim" olarak nitelenmiştir. Lordlar Kamarası bu kararında *Bolam* testini yeniden gözden geçirmiş ve bu testin sonucunun tesisinde sadece hekim temsilcilerinin görüşlerine dayanmayarak farklı görüşler arasında bir değerlendirme yaparak malpraktis davasına konu olan tıbbi görüş veya müdahalenin risk ve fayda dengesi çerçevesinde "mantıklı bir temele" sahip olması ve bunun da mahkemeler tarafından hükme bağlanması gerektiği sonucuna varmıştır. [114]

4.6.2. Nedensellik

Her türlü haksız fiil davalarında olduğu gibi malpraktis davalarında da davalının ihmali ve davacının da zarara uğramış olması yeterli olmayıp hekimin ihmali ile hastanın uğradığı zarar arasında bir nedensellik bağının tesis edilmiş olması gerekmektedir. Davacının uğradığı zarar, davalının ihmalinden kaynaklanmalı ve bu ihmal de kanun çerçevesinde davalıya atfedilebilir bir kusur olmalıdır. Bu iki koşul birlikte nedensellik koşulunu oluşturur ve genellikle ayrı ayrı (1) *cause in fact* ve (2) *cause in law* olarak anılır. Bunlardan ilki davalının hareketi ile doğan zarar arasında birleşik bir neden sonuç ilişkisinin oluşması, hareketin bitimiyle aynı anda sonucun doğması anlaşılmaktadır. Yakın nedensellik olarak da adlandırılabilecek ikincisinde ise fiille oluşan zarar arasında bir öngörülebilirlik aranmaktadır.[115]

Tıp hukuku bağlamında nedenselliğin zorluklarla dolu olduğuna dair genel kanı İngiliz malpraktis davalarıyla da ilgili olarak sıklıkla dile getirilen bir düşüncedir. Gerçekten de tıp biliminin karmaşık ve bir dereceye kadar belirsiz doğası, A ve B arasındaki nedensellik bağın gösterilmesinin zor olabileceği anlamına gelmektedir.

---

[114] Goldberg, 2013, **agk.,**452

[115] Benzer bir şekilde Amerikan haksız fiil hukukunda meydana gelen zararın davalı tarafından gerçekleştirilen fiille bağlantısının kurulabilmesi için iki aşama göz önünde bulundurulmaktadır. Bu aşamalardan ilki, ,gerçek neden (cause in fact-actual cause) olarak adlandırılır, ikinci aşama ise "yakın neden" (proximate cause) olarak ele alınımaktadır. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1340 (Erişim Tarihi:30.05.2021)

Medeni hukuk davasının diğer tüm yönlerinde olduğu gibi, klinik ihmal alanında da ispat yükümlülüğü, nedenselliği kanıtlaması gereken davacıya aittir ve bir olasılıklar dengesi üzerine kurulmalıdır. İngiliz haksız fiil hukukunda nedensellik bağının tesisinde kullanılan standart kriter "*But For"* ("olmasaydı olmazdı") olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, hakkında malpraktis iddiası olan doktorun uyuşmazlığa konu olan tedavi sürecindeki hareketine bakılır. Bu hareket olmasaydı zarar da doğmayacak idiyse o zaman bu hareketle hastada oluşan zarar arasında nedensellik bağının kurulduğu kabul edilir. Bu yaklaşıma göre belirli bir nedensellik bağın gösterilmesi talep edilerek sanığın potansiyel sorumluluğuna bir sınır getirilir. Bu yaklaşım davacının iddiasını geçersiz kıldığı özellikle tıp hukukunda sayısız durum vardır. En açık örnek, sanığın görev ihlalinin davacının yaralanmasına yol açan arka planın bir parçası olabileceği zamandır. Davalı, herhangi bir görev ihlaline bakılmaksızın herhangi bir olayda yaralanmanın meydana geldiğini kanıtlayabilirse davacının malpraktis iddiası başarısız olacaktır. Bunun klasik bir örneği *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* davasıdır. Bu olayda davaya konu olan hasta arsenikli bir çay içtikten sonra davalı tarafa tedavi olmaya gelmiş ancak davalı hekimler hastaya tedaviyi reddetmişlerdir. Hasta ölmüş ancak çayda bulunan arseniğin miktarı, ne tür tedavi yapılırsa yapılsın, ölümcül oranda olduğundan davalı doktorların ihmalinin ölümle nedensellik bağının olmadığı kabul edilmiştir. [116]

Zararın oluşum sürecinde birden fazla nedenin etkili olması durumunda, nedenselliğin kanıtlanmasındaki zorluklar, davacının, sanığın ihmalinin yaralanmasına veya hasarına neden olduğunu kanıtlamasını kolaylaştırmak için "but-for" ("olmasaydı olmazdı") testini değiştirerek azaltılmış görünmektedir. Etkenlerin kümülatif olduğu durumlarda mahkeme, Lordlar Kamarası'nın *Bonnington Castings v. Wardlaw* davası kararını takiben, sanığı sorumlu bulma seçeneğine sahiptir. Birlikte ele alınan faktörler davacının yaralanmasına yol açtıysa, katkıda bulunan bir faktör olarak davalının ihmalinin de maddi olarak tanımlanabilecek bir katkı yaptığı kabul edilebilir. [117]

4.7.İskandinav Ülkeleri

4.7.1. İskandinav Malpraktis Hukuki Rejiminin Genel Görünümü

[116] Goldberg, 2013, **agk.,**456

[117] Goldberg, 2013, **agk.,**462

İskandinav refah devleti modeli, diğer modellerde pek karşılaşılmayan belirli özelliklere sahiptir. Her şeyden önce İskandinav modeli sosyal hizmet haklarının istihdam ilişkisine veya ihtiyacına değil, ikamet veya vatandaşlığa dayandığı kapsayıcı bir modeldir. Bu modele bağlı ülkelerde kapsamlı bir sosyal yardım planı vardır ve sosyal hizmetler normalde ücretsizdir veya devlet tarafından sübvanse edilmektedir. Ayrıca olabilecek en yüksek standartta eşitliği (ve sadece temel ihtiyaçlar açısından eşitliği değil) teşvik etmek için sosyal ve ekonomik alanda kamuoyunun düşünceleri düzenli olarak dikkate alınmaktadır. Bu nedenle İskandinav refah modeli eşitlikçi bir ideolojiden etkilenmektedir. Haksız fiil hukuku ile ilgili İskandinav modeli arasındaki ilişki ele alınırken bu hususun dikkate alınması gerekir. [118]

Haksız fiil sonucu oluşan zararların tazminatı ile ilgili olarak İskandinav modeli farklı şekillerde karakterize edilebilir. Politik bir bakış açısından, en temel ve neredeyse sıradan sayılan temel düşünce, kişisel yaralanmanın her zaman telafi edilmesi gerektiğidir. Bu amaca ulaşmak için genel olarak kişisel yaralanma tazminatının genel olarak en iyi şekilde kolektif kuruluşlar tarafından üstlenildiği kabul edilmiştir. Hukuk sistemi, kişisel yaralanmalardan kaynaklanan maliyetlerin kolektif kuruluşlar tarafından karşılanacağı fikrini destekleyen kurallar sağlamıştır. Bu bağlamda İskandinav modelinin daha ayrıntılı bir resmi, sosyal sigorta ve diğer toplu tazminat programları ile kişisel sigorta ve - daha az ölçüde - haksız fiil hukuku arasında karmaşık bir etkileşimi ortaya koymaktadır. [119]

Aslında İskandinav modeli, dört önemli tazminat planı için bazen toplu bir terim olarak kullanılmaktadır. Bunlar, 1) trafik kazaları, 2) hasta yaralanmaları, 3) ilaçlar ya ve 4) işle ilgili yaralanmalar. Daha kapsamlı bir anlamda, İskandinav modelinin yalnızca bu kapsamlı tazminat planlarını değil, aynı zamanda kişisel yaralanma tazminatı ve sigorta arasındaki ilişkiye genel bir bakış açısı sağladığı da görülebilir. Tıbbi yanlış uygulama tazminatına yönelik İskandinav yaklaşımı; İskandinav sağlık hizmetlerinin organizasyonu, düzenlenmesi, mesleki görevlerin dağılımı ve finansman unsurlarının oluşturduğu daha geniş bir sistem bağlamında ele alınmaktadır. Sağlık hizmetlerinin organizasyonu farklı İskandinav ülkeleri arasında ufak tefek farklılıklar gösterebilmektedir. Ülkelerin idari yapılarına göre farklı seviyelerden teşkilatlar

[118] Ulfbeck, V., Hartlev, M. ve Schultz, M. (2013). Malpractice in Scandinavia (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, s.377

[119] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 378

çalışıyor olabilir (örneğin eyalet, bölgeler ve belediyeler) ve merkezileştirme ile ademi merkeziyetçilik arasında bazı dalgalanmalar gözlemlenebilir. Ancak ortak bir özellik olarak sağlık hizmetlerinin finansmanı kamusal bir sorumluluktur ve hizmetlerin çoğu, vergi ile ödenen bir sağlık hizmeti planı (*Beveridge modeli*) kapsamındadır. Bununla birlikte özel hizmet sağlayıcıları da artan ölçüde İskandinav ülkelerinde faaliyet göstermektedir. Bazı durumlarda insanlar mevcut halk sağlığı hizmetlerinden yararlanmak yerine özel hastanelerde tedavi için ödeme yapmayı tercih ederler. Kamu finansmanının güçlü katılımı, tazminat nihayetinde vergi mükelleflerinden geldiği için, hatasızlık tazminatı programını da etkiler. Bunun tazminat düzeyi üzerinde bir etkisi olabilir.[120]

Genel olarak, sağlık çalışanları hak ve görevlerinin düzenlendiği bir hukuki rejim çerçevesinde faaliyet gösterirler. Bu sağlık çalışanlarının ruhsatlandırılması işlemi, meslek kuruluşları tarafından olmayıp bu iş için hususi olarak kurulmuş olan halk sağlığı kurumu tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu, yetkili kurumun sağlık çalışanlarının mesleki performansını araştırma ve kontrol etme ve ayrıca hatalı uygulama durumlarında yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Ciddi durumlarda, hekimin ruhsatı iptal edilebilmektedir. Şikâyet mekanizmalarıyla birlikte bu, tıbbi uygulama hatalarının önlenmesi amacına hizmet etmektedir. Hastalar, hem hasta haklarının ihlali (örneğin, bilgi edinme hakkı) hem de tıbbi uygulama hatası durumlarında şikâyette bulunma hakkına sahiptir. Şikâyet prosedürleri İskandinav ülkelerinin her birinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Finlandiya da dahil olmak üzere İskandinav ülkeleri çeşitli hasta sigorta sistemlerine sahiptir. Bu ülkelerden İsveç, hasta sigorta sisteminin oluşturulmasında öncü rolü oynamıştır. İsveç'te 1975'te yürürlüğe giren ilk hasta sigortası programı daha sonra bölgedeki diğer ülkelere de gelmiştir. Bu nedenle, 1984'te Finlandiya'da, 1988'de Norveç'te ve 1992'de Danimarka'da bir hasta sigortası yasası kabul edilmiştir. Tüm bu gelişmeler, tamamen aynı olmasalar da İsveç planından esinlenmiştir. Mevcut Hasta Yaralanmaları Yasaları, İsveç HYY'si, Fin HYY'si, Norveç HYY'si ve Danimarka *KEL'i* olarak anılacaktır. Sistemlerin organize edilme biçiminin ayrıntılarına gelince, İsveç sistemi bir örnek olarak gösterilebilir. İsveç'teki sorumluluk sigortası zorunludur ve Hasta Sigortası Yasasında düzenlenmiştir. Hasta sigortası, *Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag (LÖF)* adlı bir şirket

[120] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 379

tarafından sağlanmaktadır. İsveç'te sağlık hizmetlerinin başlıca tedarikçileri olan tüm ilçe meclisi bölgeleri (Landsting) LÖF'e sigorta yaptırmıştır. Özel sağlık hizmeti sağlayıcıları da ilçe meclis bölgeleri ile yaptıkları sözleşmelerde düzenlendiği üzere sigorta programı kapsamındadır. İskandinav sistemlerinin diğer ülkelerde olumsuz olarak algılanan hukuki sorunlardan kaçınmada özellikle başarılı olduğu bir hukuk alanı olarak görülür. İskandinavlı avukatlar genellikle ABD'deki hatalı uygulama hukukundan veya daha doğrusu ABD'deki hatalı uygulama hukuku hakkındaki hikâyelerden, seslerinde bir korku tonuyla bahsedeceklerdir. Bu alanda İskandinav modelinin lehine en yaygın argümanlardan biri, ABD'deki hatalı uygulama yasasının (sözde) ters etkilerinden başarıyla kaçınmasıdır. Bir yan etki, İskandinavya'daki malpraktis yasasının bazen muğlak olmasıdır. [121]

Teoride, zarar gören bir hastanın tazminat talebinde bulunabileceği birkaç yol vardır. Haksız fiil hukuku kuralları, hasta sigortası ve ayrıca bazen kendi özel sigortası kapsamında tazminat talep edebilir. Bununla birlikte çoğu zaman, davalar sigorta programları kapsamında ele alınacaktır. Biri (Danimarka sistemi) dışındaki tüm İskandinav hukuk sistemleri, tazminat sistemlerine alternatif olarak olağan haksız fiil hukuku kurallarının uygulanmasına izin vermektedir. Bu nedenle, hasta özel sigorta programı kapsamında tazminat alma hakkına sahip olsa bile normalde yine de tercih ederse haksız fiil kuralları kapsamında tazminat talep etme seçeneğine sahiptir. İsveç hukukunda, hasta sigortası sorumluluk sigortası olarak çalışır. Alternatif tazminat programı yerine haksız fiil hukuku kullanma imkânı nadiren kullanılmaktadır. Bu nedenle çok az tıbbi uygulama hatası davası doğrudan haksız fiil hukuku kuralları kapsamında ele alınmaktadır. Bir dava mahkemeye giderse davacı, iddiasını dayandırdığı koşulları ispat etme sorumluluğunu üstlenir. Bu, kayıp, nedensellik ve kusurun ispat yükünün davacıya ait olduğu anlamına gelir. Hastanın pozisyonu, hasta sigorta programında önemli ölçüde daha iyidir. Mahkemeye giden az sayıdaki malpraktis vakası, bu nedenle, çoğu zaman hasta sigortasının kapsamadığı yaralanmalarla ilgilidir. [122]

Danimarka hukukunda sistem biraz farklıdır. Burada, hastanın KEL kapsamında tazminat alma hakkı varsa, olağan haksız fiil hukuku kurallarının uygulanması engellenir. Sistemin arkasındaki fikir, sorumluluğu hasta sigortasına kanalize etmektir.

[121] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 381

[122] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 382

Ancak bu kural ürün sorumluluğu durumunda geçerli değildir. Bu durumlarda, hasta sigortasına alternatif olarak haksız fiil hukuku kapsamında tazminat talep etme hakkı korunur. Bunun nedeni, Danimarka ürün sorumluluğu kurallarının, zarar gören tarafın üreticiye dava açmasını gerektiren bir AB yönergesini temel almasıdır. İskandinavya'daki tüm hasta yaralanma sistemlerinin aynı temel fikre dayanmasına rağmen, ayrıntılar söz konusu olduğunda tazminat sistemleri arasında hala farklılıklar vardır. [123]

4.7.2.Tazminata Temel Teşkil Eden İlkeler

İskandinav tıbbi uygulama hatası tazminat sistemlerinin ortak bir özelliği, "deneyimli uzman standardı"dır. Bu kurala göre, söz konusu alanda deneyimli bir uzmanın verilen koşullar altında muayene, tedavi veya benzeri sırasında farklı davranacağı ve dolayısıyla yaralanmadan kaçınacağı varsayılırsa, bir zarar için tazminat ödenecektir. "Deneyimli uzman" terimi, değerlendirmenin *optimus vir* standardına dayalı olması gerektiği anlamına gelir. Bu da herhangi bir iyi ve makul doktorun aksine belirli bir alandaki en iyi doktoru ifade eder. Bu nedenle klasik hata kuralı bu bağlamda uygulama alanı bulamamaktadır. Aksine genel soru, hastanın tıp bilimi ve deneyimine göre kendisi için en iyisi olabilecek tedaviyi alıp almadığıdır. Tecrübeli uzmanın daha farklı davranarak yaralanmayı önlemesi mümkün ise hasta tazminat alma hakkına sahiptir. Başka bir deyişle, değerlendirme nesneldir ve olayların varsayımsal bir gidişatını ima eder. Bu varsayımsal olaylar dizisi altında, gerçek doktor en iyi doktorla değiştirilir. Bununla birlikte, kuralın, hastanın optimal tedaviyi alma konusunda mutlak bir hakka sahip olduğu anlamına gelmediği unutulmamalıdır. Danimarka yasalarına göre, bu, KEL bölüm 20, paragraf 1, madde 1'den sonra gelir ve "... belirli koşullarda" belirtilir. Bu nedenle, belirli durumda mevcut olan kaynaklar ve tesisler dikkate alınmalıdır. Personel eksikliğine veya en yeni teknik ekipman eksikliğine yol açabilecek kaynak eksikliği, geçerli bir mazeret olabilir ve uzman kuralına göre tazminat hakkının olmadığı anlamına gelebilir. Bununla birlikte, belirli bir durumda deneyimli uzman hastayı daha deneyimli özel bir hastaneye gönderebilmiş ve kaynak yetersizliği nedeniyle hastayı tedavi etmeyi reddetmiş olsaydı, hasta tazminat alma hakkına sahip olabilir. Yönlendirmenin yaralanmayı önleyebilmesi bir gerekliliktir. Nakil bir seçenek

[123] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 383

olmasaydı (örneğin, hastanın hayatını kurtarmak için acil önlemler alınması gerekiyorsa), deneyimli uzman nakil yoluyla yaralanmayı önleyemezdi ve hasta tazminat alma hakkına sahip olamazdı. [124]

Malpraktis davalarında İskandinav ülkelerinde uygulanan bir diğer ortak kural ise "araçların başarısız olması" kuralıdır. Bu kural, muayene, tedavi veya benzerleri için veya bunlarla bağlantılı olarak kullanılan teknik cihazların, aletlerin veya diğer ekipmanların arızalanması veya hata vermesinden kaynaklanan yaralanmalarla ilgilidir. Kural, kusursuz sorumluluk ortaya koyar. Yaralanma, kuralın kapsamına giren ekipmanın arızasından kaynaklanıyorsa, hasta tazminat alma hakkına sahiptir. Ekipmanın çalışmamasının nedeni önemli değildir. Bu bakımdan kural, ürün sorumluluğu kurallarının ötesine geçmektedir. Bu nedenle kural, ekipmanın Ürün Sorumluluğu Yasası anlamında kusurlu olmasını gerektirmez ve "son teknoloji ürünü" tarzı bir savunma mümkün değildir. Kuralın temel amacı, ne tür bir teknik arızanın meydana geldiğinin hastayı ilgilendirmemesini sağlamaktır. Bununla birlikte, teknik ekipmanın arızalanması veya hata vermesi aslında Ürün Sorumluluk Yasası kapsamındaysa, hasta, özel hasta sigortası programlarına başvurmak yerine bu Kanun kapsamında tazminat talep etme seçeneğine sahiptir. Başlangıç noktası olarak, tazminat seviyesi iki kural grubu altında aynı olacaktır. Cihaz arızası kuralının muayene veya tedavi sırasında kullanılan her türlü ekipmanı kapsadığı unutulmamalıdır. [125]

Bir diğer ortak özellik olarak hem Danimarka hem de İsveç yasaları "alternatif tedavi kuralını" kabul etmektedir. Bu kurala göre, zararın oluşmasından sonra yapılan değerlendirmede hastanın hastalığının tıbbi açıdan tedavi edilmesinde aynı derecede başarılı olabilecek başka bir mevcut tedavi tekniği veya tedavi yöntemi mevcut ise o zaman tazminat ödenecektir. Kural, doktorun kullandığı tedavi ile aynı derecede etkili ve bu hasta için daha iyi bir seçim olabilecek başka bir mevcut tedavi arasında alternatifi olduğu durumlarda geçerlidir. Yine konu, doktorun yapması gereken bir şeye değil, nesnel bir bakış açısından daha iyi bir seçimin varlığının saptanmasından ibarettir. Dolayısıyla, alternatif tedavi kuralı kusura dayalı bir sorumluluk değildir. Bu kuralla ilgili belirleyici olan, değerlendirmenin zararın oluşmasından sonra gerçekleşmesidir. Bu, zararın önlenip önlenemeyeceğinin değerlendirilirken, sadece tedavi sırasında mevcut olan bilgilerin değil, aynı zamanda tedavi veya muayene

[124] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 384

[125] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 385

yapıldıktan sonra mevcut olan bilgilerin de dikkate alındığı anlamına gelir. Bu anlamda, neyin kaçınılmaz olduğunun değerlendirilmesi geriye bakılarak belirlenir. Bununla birlikte, alternatif yöntem veya teknik, hasta tedavi edildiğinde veya muayene edildiğinde fiilen mevcut olan bir seçenek olmalıdır. Doktor, hastayı tedavi ederken gerçek bir seçim yapmış olmalıdır ve bu alternatif veya seçim, doktorun kendisinin ustalaştığı bir beceri olmak zorunda değildir. Bir diğer ortak özellik de makullük kuralıdır. İskandinav tazminat sistemleri de değişen derecelerde bir makullük kuralı uygulamaktadır. Danimarka ve Finlandiya sistemlerinde, bu makullük kuralı genel kural niteliğindedir. Teşhis prosedürleri veya enfeksiyonlar veya hastanın makul olarak katlanması gerekenden daha kapsamlı diğer komplikasyonlar şeklinde tedavi dahil olmak üzere muayene sonucunda yaralanma meydana gelirse tazminat ödenmesini sağlar. Bu noktada yaralanmanın ciddiyeti, hastanın şikâyeti ve genel sağlık durumu, yaralanmanın nadirliği ve meydana gelme riskini göz önünde bulundurmanın genel olasılığı gibi hususların dikkate alınması gerekir.[126]

Ayrıca Norveç HYY'sına göre genel bir makullük kuralı kabul edilmektedir. İsveç yasalarına göre, benzer bir kural geçerlidir, ancak yalnızca enfeksiyonlarla ilgili olarak. Danimarka yasalarına göre, bu kural ilgili yasanın bölüm 20, paragraf 1, madde 1–3 kapsamına girmeyen yaralanma durumlarını kapsamayı amaçlamaktadır. Danimarka yasası bölüm 1, paragraf 1, madde 4, 1–3. maddeleri kullanılarak tazminat talep edilemediğinde ve hasta zararlarının tazmin edilmemesinin makullük testi altında daha da uygunsuz olacağı durumlarda geçerlidir. Kural, hasta tarafından bazı yaralanmaların kabul edilmesi gerektiği şeklindeki temel varsayıma dayanmaktadır. Telafi edilebilmesi için, yaralanmanın altta yatan hastalığa ve normalde bundan beklenebilecek sonuçlara kıyasla orantısız olması gerekir. Bu, başlangıçtaki hastalık ne kadar ciddi olursa, o kadar önemli komplikasyonların kabul edilmesi gerektiği anlamına gelir. İskandinav malpraktis hukukunda kazalar da tazmin edilebilmektedir. Örneğin İsveç'te, kazaların neden olduğu belirli yaralanmalar, örneğin bir hastanedeki yangından kaynaklanan bir yaralanmaya maruz kalındığında, HYY kapsamında tazmin edilebilir. Finlandiya hukukunda da benzer bir kural bulunmaktadır. Buna karşılık, Danimarka ve Norveç tazminat sistemleri, bu tür kazaları yalnızca, olağan haksız fiil hukuku kuralları kapsamında bir sorumluluk temeli varsa tazmin etmektedir. [127]

[126] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 386

[127] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 388

Ayrıca yanlış teşhis durumunda da farklı İskandinav ülkeleri benzer tazminat sistemleri geliştirmektedirler. İsveç HYY'sinde, yanlış veya gecikmiş bir teşhisten kaynaklanan yaralanmalarla ilgili özel bir kural vardır. Bu tür yaralanmalar, hasta yaralanma planı kapsamında tazmin edilebilir. Yanlış teşhis için tazminat, ancak söz konusu alanda deneyimli bir uzmanın verilen koşullar altında farklı davranacağı varsayılabilirse verilir. Danimarka hukukunda da benzer bir kural geçerlidir. Bundan başka İsveç hukukunda ve Fin hukukunda enfeksiyonların tazminiyle ilgili özel bir kural vardır. Bu nedenle, bir muayene, tedavi veya benzer bir eylemden kaynaklanan bir enfeksiyondan kaynaklanan bir yaralanma meydana gelirse hastanın enfeksiyonun öngörülebilirliğine, maruz kalınan yaralanmanın ciddiyet derecesine göre ve tedavi edilmekte olan hastalık veya bozukluğun doğası veya zorluğu ve hastanın genel sağlığı açısından yaralanmaya katlanması gerekmedikçe hastanın tazminat alma hakkı vardır. Son olarak belirtmek gerekir ki İskandinav sistemlerinde, bir hasta yaralanmasının tazminatının, haksız fiil hukukundaki genel hasar ilkelerine göre hesaplanması başlangıç noktasıdır. Bu, hasta yaralanma planı kapsamında tazminat alan bir hastanın, davanın haksız fiil hukuku kuralları uyarınca görülmesi halinde bir mahkemenin vereceği tazminatla aynı tazminatı alacağı anlamına gelir. [128]

4.7.3.Nedensellik

Nedensellik, yükümlülük için genel bir gerekliliktir ve aynı zamanda hasta sigortasından tazminat almak için bir ön koşuldur. Genel olarak nedensellik gerekliliğinin tek tip olarak anlaşılması gerektiği varsayılır, haksız fiil hukukunda ve hasta sigorta hukukunda aynı anlama sahiptir. İskandinav hukukundaki nedensellik kavramı, diğer birçok hukuk sisteminden daha belirsizdir. İskandinavya, diğer Batı ülkelerinin çoğunun paylaştığı koşullu bir nedensellik görüşünde sağlam temele sahip değildir ve bunun yerine İskandinav haksız fiil hukuku sistemleri, nedensellik meselesine pragmatik bir yaklaşımla ele almaktadır. Genel olarak, malpraktis hukukunun ve hasta yaralanma hukukunun, haksız fiil hukukunun temel kavramlarının analizini kesin kabul ettiği varsayılabilir. Bir hatalı uygulama davasında nedensellik kavramı ve ayrıca hasta sigortası kuralları kapsamında tazminat söz konusu olduğunda, genel haksız fiil hukukunda kullanılan kavramla aynıdır. Daha ilginç bir konu, özel

[128] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 390

doktrinlerin veya ilkelerin, geleneksel aygıtın bir tamamlayıcısı olarak hatalı uygulama hukukundaki nedensellik analizini etkilemesine izin verilip verilmeyeceğidir. [129]

Hatalı uygulama davaları, birçok yargı alanında geleneksel yasal analizlere meydan okumuştur. Bu zorluklar, şans kaybı ve olasılıksal nedensellik doktrini gibi yeni yasal doktrinler üretmiştir. İskandinav hukuk sistemleri bu konularda resmi olarak bir değerlendirme yapmamıştır. Karşılaştırmalı bir perspektiften, bu garip, hatta az gelişmiş olarak görülebilir. Önceki bahislerde bir açıklama bulunabilir. Az sayıda hatalı uygulama davası haksız fiil hukuku kuralları uyarınca yargılanır ve hasta sigortası kapsamındaki talepler nadiren mahkemelere ulaşır. Şans kaybı doktrini, orantılı sorumluluk veya olasılıksal nedensellik doktrini gibi araçların geliştirilmesi, en azından kısmen, bazı hatalı uygulama vakalarında, geleneksel kavramsal aygıt içinde makul sonuçlar sağlamanın zorluklarının bir ürünü gibi görünüyor. İskandinav hukuk sistemleri, nedensellik gibi temel kavramlara ve aynı zamanda farklı zarar kavramlarına (örneğin, fiziksel yaralanma) karşı daha açık, pragmatik bir yaklaşım benimsiyor, böylece mahkemeleri başka yargı alanlarında şans kaybı doktrini geliştirmeye teşvik eden durumlar standart kavramların esnek bir yorumuyla ele alınabilir. İskandinav hukukunda nedensellik sorunlarına kanıt hukuku içinde çözüm aramak yaygın bir yaklaşımdır. Biraz kışkırtıcı bir şekilde ifade etmek gerekirse, mahkemeler ve bir dereceye kadar akademisyenler, bazen nedensel gerekliliğin özünü yakalama sorunlarının ispat yükünü gevşeterek çözülebileceğini düşünüyor görünmektedir. Bu aynı zamanda hatalı uygulama davaları için de geçerlidir. [130]

4.8.Polonya

4.8.1. Genel Olarak

Polonya sağlık sistemi 90'lı yılların başından beri birçok önemli değişikliğe uğramıştır. 30 Ağustos 1991 tarihli Kurumsal Sağlık Hizmeti Sağlayıcıları Yasası Devlet sağlık hizmetlerinin eski sistemini resmi olarak yürürlükten kaldırmış ve sağlık hizmeti de dahil olmak üzere ilaç endüstrisi, tıbbi malzemeler, ayakta teşhis hizmetleri ve ayrıca çok çeşitli hastane hizmetleri üzerinden özel faaliyetler kurmanın yolunu açmıştır. 1 Ocak 1999'da, 6 Şubat 1997 tarihli Genel Sağlık Sigortası Yasası yürürlüğe girmesiyle

[129] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 392

[130] Ulfbeck, Hartlev ve Schultz, 2013, **agk.,** 393

eşit muameleye, sosyal dayanışmaya, eşit erişim ilkelerine ve sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım sağlayıcılarının özgürce seçilmesine dayanan Ulusal Sağlık Sigortası (powszechne ubezpieczenie zdrowotne) getirilmiştir. Medeni hukuk çerçevesinde hükme bağlanan tazminatlar malpraktis sonucu oluşan zararlara yönelik ana geri ödeme kaynağıdır ve bu bakımdan sosyal güvenlik sigortası ve özel sağlık sigortası ikincil öneme sahiptir. Sosyal güvenlik sigortası, 13 Ekim 1998 tarihli Sosyal Güvenlik Sigortası Yasası (*Ustawa o ubezpieczeniu społecznym*) uyarınca ulusal sağlık sigortasından bağımsız bir sistem olarak işlemiştir. Vatandaşların çoğu için zorunlu olan bu tür sigorta, hastalık, iş göremezlik, doğum izni ve emeklilik durumunda para ve diğer yardımları sağlar. Yardımlar, sigortalıdan prim toplayan ve programı yöneten Sosyal Güvenlik Sigortası İdaresi (*Zakład Ubezpieczeń Społecznych*) tarafından ödenir.[131]

4.8.2. Özel Hukuka Dayalı Sorumluluk

Tıbbi hatalı uygulamadan dolayı bir zararın oluşması durumunda, hukuki sorumluluk, sigorta sisteminin katılımcısı olup olmadığına bakılmaksızın, münhasıran tedaviyi gerçekleştiren kişiye atfedilebilir. Bu tür zararların Ulusal Sağlık Fonundan tazminat talep etme imkanı yoktur çünkü bu kurum sağlık hizmetini kendisi sağlamaz ya da bir sağlık tesisinin sahibi, ortak sahibi veya hissedarı olarak tanımlanmamaktadır. Bu kurumun rolü hastaneler ve doktorlarla sözleşmeler imzalayarak tıbbi hizmetleri satın almakla sınırlıdır. Bununla birlikte, Polonya Anayasası'nın 68. maddesi uyarınca Devletin sağlık hizmetlerini sağlama ve düzenleme yetkisini kullanması itibarıyla Ulusal Sağlık Fonu, tıbbi hizmetlerin uygun kalitede olmamasından kaynaklanan zararlardan sorumlu olabilir. Bunlara, sağlık personeli üzerinde yeterli denetimin yapılmamış olması, uygun olmayan hastaneler ve doktorların yetkilendirme ve ruhsatlandırılmasındaki hatalar, sözleşmeli olması gereken tıbbi hizmetlerin eksikliği vb. örnekler verilebilir. Bu yükümlülüğün yasal dayanağı, devlet yetkisini kullanan tüm tüzel kişilerin hukuka aykırı eylemleri ve ihmalleri için haksız sorumluluk teşkil eden Medeni Kanun'unun değiştirilmiş 417. maddesidir. (17 Haziran 2004'ten beri

[131] Rozwadowska, B. K. (2013). Medical Malpractice and Compensation in Poland (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, s.327.

yürürlüktedir). Burada kusura dayalı bir sorumluluk söz konusu olduğundan, tazminat istemek için zarara neden olan failinin kusurunu kanıtlamak gerekli değildir.[132]

Tıbbi yanlış uygulama sorumluluğu sözleşmeye veya haksız fiile dayalı olabilir. Belli bir durumda ne tür bir sorumluluk düzenlemesi uygulanacağı, doktorun (hastanenin) durumuna ve hastaya sunulan tıbbi hizmetlerin niteliğine bağlıdır. Ulusal sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmeti veriliyorsa sağlayıcının bir hastaya karşı yükümlülüğünün kaynağı yasal hükümler olduğundan (Kamu Tarafından Finanse Edilen Sağlık Hizmetleri Yasası düzenlemeleri, 28 Ağustos 2004), bir hasta ile bir hastane veya bir doktor arasında sözleşme yoktur. Sonuç olarak, hasar durumunda, münhasıran haksız fiil sorumluluk hükümleri uygulanır. Malpraktis vakalarının çoğunda haksız fiil sorumluluk hükümleri uygulanır. Öte yandan içtihat ve doktrine göre kişisel yaralanmaya (bedensel sakatlık ve/veya sağlık bozukluğu) neden olan bir doktor, sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığı gibi hasta ile yasal ilişkiye bakılmaksızın bağlı olduğu genel bakım yükümlülüğüne de aykırı davranmış sayılır. Başka bir deyişle malpraktis söz konusu olduğunda hem sözleşme hem de haksız fiil hükümlerine başvurulabilir. Uygulamada hastalar, manevi tazminat ve zamanaşımı dahil olmak üzere daha geniş hareket olasılığı sağladığı için hataya dayalı haksız fiil hükümlerini tercih etmektedirler. Buna ek olarak davacının sözleşme ya da haksız fiil arasında yapmış olduğu seçim mahkeme için bağlayıcıdır. Öte yandan belirtmek gerekir ki davacının bu iki hukuki çerçeveden karma olarak başvurması mümkün değildir. Davanın başında sözleşme ya da haksız fiil hükümlerinden birisini seçmek zorundadır. Sözleşmeden doğan veya haksız fiile dayalı hukuki sorumluluk, bu kişilerin herhangi birinin (hatalı) eylemi veya ihmali hasara neden olduğunda bir doktora veya hastaneye atfedilebilir. Bununla birlikte, doktorlarının veya diğer sağlık personelinin kusurundan kaynaklanan yaralanmalar için hastanenin dolaylı sorumluluğu da olabilir. [133]

Genel sağlık sigortası kapsamı dışında çalışan ve kendi muayenehanesi dahilinde bireysel olarak sağlık hizmeti veren bir doktor ihmalkar davranışından kaynaklanan her türlü zarara yönelik olarak serbest girişimci sıfatıyla bir hukuki sorumluluk taşımaktadır. Kural olarak, (Medeni Kanunun 471. maddesi uyarınca) bir doktor ile hasta arasında bir sözleşmenin varlığı ve buna dayalı bir yükümlülük doğmasına karşın kimi ihmallere karşı haksız fiil hükümleri de uygulanabilir. Örneğin,

[132] Rozwadowska, 2013, **agk.,**331

[133] Rozwadowska, 2013, **agk.,**343

doktorun ek ziyaretler yapma görevi, bu görevleri bir meslektaşına devretmeden kişisel olarak bir ameliyat gerçekleştirme gibi yükümlülüklerini yerine getirmemiş veya hatalı bir şekilde yerine getirmiş olması durumunda bu yükümlülüklerin ihlalinin kişisel zarara neden olması koşuluyla haksız fiile dayalı tazminat talep edebilir. Başka bir deyişle sözleşmeye aykırı bir davranış sözleşme hükümlerine bağlı olarak tazmin edilebileceği gibi, hastanın zarara uğraması koşuluyla haksız fiil hükümlerine dayanılarak da tazmin edilebilmektedir. Kendi özel muayenehanesini yürüten yardımcı sağlık personeli çalıştıran bir doktor, hasarda birebir hatası olup olmadığına bakılmaksızın personelinin kötü davranışlarından sorumludur. Bu tür durumlarda objektif sorumluluk söz konusudur. Sonuç olarak, bir doktor, astlarını seçerken dikkatli olduğunu veya istihdam edilen personel üzerinde uygun gözetim ve kontrol uyguladığını kanıtlayarak bu personelin yarattığı zararların sorumluluğundan kurtulamaz. [134]

Bir doktorun bireysel olarak çalışmadığı ancak bir sağlık kuruluşunda sağlık hizmeti vermesi durumunda malpraktisten sorumluluğunun tespitinde iş hukuku hükümleri uyarınca hastanenin sözleşmeli çalışanı olarak mı çalıştığı yoksa serbest doktor olarak sözleşmeye dayalı hizmet mi verdiği arasında bir ayrım yapmak gerekir. Hastane personeli olarak çalışan bir doktor, İş Kanunu hükümlerine göre korunmaktadır. Bu durumda tedavi sırasında ve kendi hatası nedeniyle hastalara verilen hasardan bireysel olarak sorumlu değildir. Sonuç olarak, yaralı, tazminatını sadece Medeni Kanun hükümlerine göre hasarı telafi etmekle yükümlü olan sağlık kuruluşundan talep edebilir. Hasara neden olan doktor, davada taraf olarak hareket etmez ve mahkemede (varsa) sadece davanın koşullarının kanıtını sunan bir tanık olarak görünebilir. Öte yandan hastanelerin zarara neden olan hekime rücu hakları saklıdır. Gerçi uygulamada, rücu talepleri (veya davalar) çok nadirdir. Tazminatlar genellikle hastanenin sözleşme yaptığı sigorta şirketi tarafından yaralıya ödenir, bu nedenle aslında herhangi bir rücu gerekçesi yoktur. Bunlara karşın bir doktorun sözleşme hukuku hükümlerince bir sağlık kuruluşuna hizmet sunması durumunda tedavi sırasında hastalara verilen her türlü zarardan sorumluluk taşımaktadır. [135]

4.8.3.İspat ve Nedensellik Yükümlülüğü

[134] Rozwadowska, 2013, **agk.,**357

[135] Rozwadowska, 2013, **agk.,**362

Genel bir kural hastanın hasarı, hatayı ve hatalı davranış ile hasarlar arasındaki nedensel bir bağlantıyı ispatlamakla yükümlü olmasıdır (Medeni Kanun Madde 6). Bununla birlikte tıbbi uygulama hatası alanında, davacıya daha uygun olması için bu katı gereklilikler içtihat hukuku ile azaltılmıştır. Aksi takdirde, ihmalin tespiti ve hasarın doktorun hatalı davranışından mı kaynaklandığını yoksa sorunun sadece hastanın başlangıçtaki hastalığının ilerlemesi mi olduğunu açıklamak çok zor (hatta imkansız) olurdu. Sözleşmeye dayalı sorumlulukta davalının hatası (kendi eylemi ve ihmalleri ile ilgili olarak) medeni kanun uyarınca yasal bir karine olarak varsayılmaktadır. Buna karşın haksız sorumluluk için böyle bir kanuni karine mevcut değildir. Bununla birlikte, hataya dayalı haksız fiil sisteminde, doktorun veya hastanenin hatası ve/veya nedeni olgusal bir varsayım (dolaylı kanıt) aracılığıyla tespit edilebilir. Usul hukuku uyarınca daha önce yapılan tespitler de dikkate alınarak böyle bir hatanın gerçekten var olduğu sonucuna varılabiliyorsa mahkemenin kusur tespiti yapmasına izin verilmektedir. Başka bir deyişle, aksini gösteren bir kanıt olmadıkça davanın tüm koşullarında kusurun açık olması gerekir. Öte yandan bir karine olarak (*prima facie*) genel kabul gören deliller hepatit B veya C, stafilokok ve HIV virüsü gibi sağlıkla ilgili (nozokomiyal) enfeksiyonlar olarak adlandırılan vakalarda hastanelerin standart önlem prosedürlerine uyup uymadıklarına bakılması şeklindedir. [136]

Nedensellik bağına gelince, Medeni Kanunun hatalı eylemler veya ihmaller ile zarar arasında yeterli bir nedensellik bağlantısının olması gerektiğini öngörmektedir. Yeterli nedensellik teorisi, tazminat ödemekle yükümlü bir kişinin, yalnızca zararın neden olduğu eylemlerinin veya ihmallerinin normal sonuçlarından sorumlu olduğunu varsayar. Normal etkiler, genellikle benzer durumlarda ortaya çıkan etkilerdir; her seferinde aynı sonucun ortaya çıkması önemli değildir. Ancak tıbbi uygulama hatası durumlarında nedenselliğin "belirli bir şekilde" belirlenmesi gerekli değildir. İçtihat hukuku ve doktrine göre, söz konusu hasara bir doktor veya hastanenin hatalı davranışının neden olduğuna dair "yüksek derecede olasılık (davada mümkün olan en yüksek)" oluşturmak yeterli olabilir.[137]

[136] Rozwadowska, 2013, **agk.,**367

[137] Rozwadowska, 2013, **agk.,**369

5. SONUÇ ve ÖNERİLER

5.1.Sonuç

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde yapmış olduğumuz bu çalışma sonucunda zengin bir veri kaynağıyla karşılaşılmıştır. Örnek ülkelerden Almanya, dünyadaki en köklü genel sağlık sigortası sistemine sahiptir. 19. yüzyılın sonlarında gerçekleşen reformlar sonucunda işçiler için yasal sağlık sigortası fonları sistemi kurulmuş ve kısmen işveren tarafından ve kısmen de işçinin maaşından kesintilerle finanse edilen etkin bir sosyal devlet reformu tesis edilmiştir. Takip eden yıllarda, bu sistemin kapsamı aşamalı bir şekilde toplumdaki diğer gruplara genişletilmiş, böylece günümüzde neredeyse her vatandaş sağlık sigortasına sahip olacak hale gelmiştir. Bu yapısal özelliğiyle Almanya genel olarak sağlık hizmetlerinin sunumunda özelde de bu hizmetlerin sunulmasındaki malpraktis aksaklıklarının giderilmesinde güvenilir bir yapıya sahiptir. Kaldı ki; Almanya'da tıbbi uygulama hatalarından doğan zararlara yönelik olarak tazminat hukukuna başvurulması mümkündür. Almanya'da giderek artan sayıda hasta bu seçenekten yararlanmaktadır. Bugün, her yıl yirmi binden fazla özel hukuk davasının başladığı tahmin edilmektedir. Aslında uygulamada, özel hukuk malpraktis davalarındaki birincil hukuki çerçeveyi teşkil etmektedir. Bu çerçeve aslında zaten köklü ve sistemli olan sosyal güvenlik sistemindeki eksikliklerin yerini özel hukuka dayalı ve yine etkin işleyen bir tazminat rejimi doldurabilmektedir. Belirli bir davada sorumluluğun var olup olmadığını belirleyen kurallar, zengin bir içtihat hukukun bir ürünüdür. Gerçekten de son elli yılda mahkemeler, önemli sayıda davanın Bundesgerichthof [BGH] [Federal Adalet Mahkemesi] 'ne kadar gitmesiyle incelikli ve kapsamlı bir içtihat oluşturmuştur.

Avusturya'ya bakıldığında ise mahkemelerin malpraktis davalarında orantılı sorumluluk teorisini benimsediği gözlenmektedir. Hekim ve diğer sağlık personelinin ortalama meslektaşlarının eğitim, uzmanlık ve yeteneklerine sahip olmaları ve bu standarttan sapan herhangi bir davranışı hesaba katmaları beklenir. Bu haliyle Avusturya rejimi hekim ve hasta hakları arasındaki ince çıkar dengesini yine sosyal devlet ilkesi çerçevesinde uzlaştıran bir görünüm sergilemektedir.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda kamusal anlayışın ön planda olduğu Fransa'da 4 Mart 2002 tarihli, Hasta Hakları Yasası sağlık hizmeti sunan kuruluşların kamu ya da özel bakılmaksızın, tıbbi uygulama hatası sorumluluk kurallarını yeknesak bir hale

getirmiştir. Hasta haklarını tanımlayan bu kanun aynı zamanda sağlık profesyonelleri ve sağlık kurumlarının sorumluluklarına ilişkin genel ilkeleri ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Fransa malpraktis uygulamalarında konuya ilişkin özel bir kanunun çıkarılmasının faydası gözlenebilmektedir.

Bu sonuç en azından İtalya için ters kıyaslama yoluyla geçerlidir. İtalya malpraktis uygulamalarının borçlar hukukunun genel hükümlerine dayanılarak açılmasının yaratacağı sakıncalara dair öğretici bir örnek teşkil etmektedir. Bu ülkede 2010'lu yıllardan itibaren yürürlükte olan yasal düzenlemeler çerçevesinde tıbbi sorumluluğun sözleşmeye dayalı hale gelmesi davacının ispat koşullarını kolaylaştırmasıyla sonuçlanmış, bu da bu dönemde malpraktis davalarındaki yüksek artışa yol açmıştır. Bu sorunu gidermeye yönelik olarak 2017 yılında 'Gelli Kanunu' olarak bilinen kanun yürürlüğe girmiştir. Aslında bu kanunun yürürlüğe girmesinin ana nedenlerinden biri, İtalya'da birçok tıp uzmanının, cezai ve hukuki sorumluluğun hedefi olma riskinden kaçınmak istedikleri için tıbbi tedavileri uygularken benimsedikleri defansif bir yaklaşım benimsedikleridir. Bu kanunla malpraktise yönelik olarak özel bir hukuki düzenleme yapılmış ve malpraktis davalarındaki aşırı artışın yarattığı sakıncaların giderilmesi hedeflenmiştir.

İnceleme konusu diğer ülkeler de faydalı veriler sunmaktadır. Kanada ve İngiltere ise ortak hukuk geleneğinin etkisiyle konuyu haksız fiil çerçevesinde malpraktis özelinde ele almaktadır. Bu bağlamda gelişmiş bir içtihat hukukunun varlığı bu iki ülkeyi öne çıkarmaktadır. Öte yandan İskandinav ülkeleri ise bir yandan idarenin kusursuz sorumluluğunu olabildiğince yaygınlaştırarak hastaların uğradığı mağduriyetleri azami düzeyde gidermeyi hedeflemekte; diğer yandan hekimin sorumluluğunun tespitinde hekimlerin üzerine olabildiğince az bir yük bindirmeyi arzulamaktadır. Bu haliyle İskandinav ülkeleri her ne kadar ideal bir durum sergilese de geniş ekonomik kaynaklar ve güven etiğe dayalı bir mesleki ve toplumsal düzeni gerektirdiği için, Dünyanın her yerinde uygulanması pek gerçekçi bir yöntem gibi görünmemektedir.

5.2.Öneriler

Bu çalışma sonucunda anlaşılabileceği üzere, malpraktis hukuki rejiminin ulaşabileceği optimum faydalı durumun hasta haklarının korunmasıyla, hekimin mesleğini korkusuzca yürütülebilmesi arasındaki ince dengenin korunması etrafında şekillenmesidir. Yukarıda örneklenen ülkelerde de mahkeme kararları ve yasal düzenlemeler hastanın mağduriyetlerinin giderilmesi ve tıp uygulayıcılarının çekincesiz olarak müdahalelerde bulunmasını temin etme çerçevesinde gelişmiştir. Bu doğrultuda Türkiye için şu öneriler sunulabilir:

Hastanın başvuru yaptığı uygulayıcıların yeterli bilgi birikimine sahip olduğunu önceden bilgi edinmesi için gerekli bilgilere ulaşılması sağlanmalıdır. Yani herhangi bir tıbbi müdahale için bir sağlık kuruluşuna veya sağlık hizmeti sunan bir hekime başvurmadan önce hastanın ilgili sağlık hizmeti veren kuruluş ve/veya hekimin yeterliği ve yetkiliği hakkında güvenilir bir kaynaktan yeterli bilgi alması sağlanmalıdır. Onam ve aydınlatılmış olan alımı sırasında basılı bilgileri içeren standart bir mektup veya broşür yeterli görülmemelidir. Hastadan veya yakınından alınan onam ve aydınlatılmış olan formlarının içeriklerinin ne olduğu bunların içeriklerini anlayıp anlamadıkları üzerinde denetim yapılmalıdır. Onam formlarının matbu olarak düzenlenip düzenlenmediği denetlenmeli, bunların içeriklerinin hastaya veya hasta yakınına anlatıldığının ve içeriklerinin hasta veya yakını tarafından anlaşıldığının tespiti açısından hastanın veya yakınının rızası alınarak sesli ve görüntülü olarak görüşme ve bilgilendirmelerin kayıt altına alınması sağlanmalıdır. Hekim ve hastaların karşılıklı olarak tüm hak ve sorumluluklarını açık bir şekilde bilmesi, olası sorunlarda başvurulacak hukuk yollarının belirli olması tıp alanındaki hukuki uyuşmazlıkların mahkeme içtihatlarıyla değil, açık ve ayrıntılı yasal düzenlemelerle belirlenmesi sağlanmalıdır. Tıbbi hatalı uygulama uyuşmazlıklarında mahkemelerin başvurduğu bilirkişi ve bilirkişi kurumlarının tamamen bağımsız ve yeterli bilgi birikimine sahip olması durumunda hem hekimler hem de hastalar açısından hukuki güvenliği sağlaması açısından önemlidir.

KAYNAKÇA

Akgül, A. (2016). İdarenin sağlık hizmetlerinden doğan tazmin sorumluluğu ve Danıştay'ın yeni yaklaşımı. Gazi üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, 20, (1), 269-302.

Aküzüm, U. (2018). Danıştay kararları ışığında tıbbi uygulama hataları. Tıp Hukuku Dergisi 7, (13) s., 71-90

Alkanat,-M.-B.(2002). Tıbbi-Müdahalelerden-Doğan-Hukuki-Sorumluluk.-Sürekli-Tıp-Eğitimi Dergisi, 11,(5),177-180.

Altun, A. (2018). Küçüğün tıbbi müdahaleye rızası. Necmettin Erbakan üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, 1 (1), 37-52.

Artar, C. ve Güçlü, A. (2020). Sağlık işletmelerinde yanlış tedavi sonucu hasta mağduriyetleri ve hukuki boyutunun incelenmesi. Aydın sağlık dergisi, 6 (3), 235-247.

Aydaş, S. (2014). Hekimlerde malpraktis kaynaklı defansif tıp davranışları. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul: Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Aygün, A., Karabacak, V. ve Işık, S. H. (2018). Acil servis hekimlerinin tıbbi hukuki sorumlulukları hakkında bilgi, tutum ve davranışları. Kırıkkale üniversitesi tıp fakültesi dergisi, 20 (3), 321-328.

Bal, B. S. (2009). An Introduction to Medical Malpractice in the United States.Clinical Orthopaedics and Related Research, 467 (2), 339-347

Barlıoğlu, C. H. (2018). Defansif tıp unsuru olarak tıbbi malpraktis. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Bayındır, S. (2007). Sağlık hizmetlerinde idarenin ve hekimin sorumluluğu. Gazi üniversitesi hukuk fakültesi dergisi, 11, (1-2), 551-589.

Bilge, Y. (2012). Tıpta uygulama hatalarının adli tıp yönünden değerlendirilmesi. Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları. Ed: Yaşar Bilge ve İ. Ethem Geçim.

Birtek, F. (2015). Tıbbi uygulama hataları bakımından taksir-bilinçli taksir ayrımı. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10, (1), 63-106.

Boz, O. Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

Bulut, M., Mercan, N. ve Yüksel, Ç. (2020). Psikiyatride malpraktis. Psikiyatride güncel yaklaşımlar, 12 (2), 195-204.

Caymaz, M. ve Demir, A. (2014). Sağlık personelinin tıbbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluğu. Ekonomi ve sosyal araştırmalar dergisi, 1 (1), 9-24.

Cortez, N. (2011). A medical malpractice model for developing countries. Drexel Law Review, 4. 217-241.

Coşkun İnce, Ş. (2020). Tıbbi müdahalelerde hekimin ceza sorumluluğu. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Malatya: İnönü Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

Çakmak, C. ve Yalçın Balçık, P. (2019). Sezaryan Yöntemi ile Gerçekleştirilen Doğumlarda Ortaya Çıkan Malpraktis Olgularının Yargıtay Kararları ile İncelenmesi. Jinekoloji – Obstetrik ve Neonatoloji Dergisi, 16 (3), 155-159.

Çınarlı, S. (2013). İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Orion.

Değdaş, C. U. (2018). Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (6), 41-65.

Demir, M. (2008). Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (3), 228-231.

Demir, M. (2012). Tıbbi Uygulama Hatalarından Sorumlulukta Ülkemizdeki Hukuksal Süreç, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları. Ed: Yaşar Bilge ve İ. Ethem Geçim. https://www.medikolegalduzlem.com/upload/fc3cf452d3da8402bebb765225ce8c0e.pdf (Erişim tarihi: 15.04.2021).

Durmuş, V. (2017). A Broad overview of medical malpractice liability policy in turkey. Int journal of health managment and tourism, 2 (2), 1-18.

Duysak, M. (2009). Hekimin tıbbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluğu, Hukuk gündemi dergisi, 3, 25-38.

Erdem, A. ve Yeşiltaş, A. (2018). Şiddet ve defansif tıp uygulamaları üzerine nitel bir çalışma. Akademik sosyal araştırmalar dergisi, 6 (74), 486-500.

Field, Robert I, "The Malpractice Crisis Turns 175: What Lessons Does History Hold for Reform?", *Drexel Law Review*, 2011, Volume 4, Number 1, p. 10.

Flood, M. C. ve Thomas, B. (2013). Canadian Medical Malpractice Law in 2011: Missing the Mark on Patient Safety (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical

Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 55-95

Gemalmaz, A. (2014). Aile hekimliğinde tıbbi uygulama hataları. Türkiye Klinikleri, 5 (1), 56-62.

Goldberg, R. (2013). Medical Malpractice and Compensation in the UK (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 439-471

Göcen, Ö., Yılmaz, A., Aslahan, H., Çelepkolu, T., Tuncay, S. ve Dirican, E. (2018). Hekimlerin, Defansif Tıp Uygulamaları Hakkındaki Bilgi ve Tutumları, İşe Bağlı Gerginlik ve Tükenmişlik Düzeyleri. Turkish Journal of Family Medicine and Primary Care, 12 (2), 77-87.

Gözler, K. ve Kaplan G. (2017). İdare Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Yayıncılık

Güney T. I. (2019). Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisanüstü Eğitim Enstitüsü.

Hakeri, H (2016). Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hakeri, H. (2014) Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı. http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf (Erişim tarihi: 20.04.2021).

Kaplan, G. ve Gözler K. (2017). İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Yayınları.

Koch, B. A. (2013). Medical malpractice in Austria **(**Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 7-33

Korkmaz, Y. (2019) Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu. TBB. (140), 239-297.

Kurt, G. M. (2020). Estetik müdahaleler için kurulan sözleşmelerde cerrahın yükümlülükleri. Ankara Barosu Dergisi, 2, 103-133.

Kuzgun, Ü. (2019). Komplikasyon mu? Malpraktis mi?. TOTBİD Dergisi, 98 (101), 98-101.

Macrez, G. F. (2013). Medical Malpractice and Compensation in France (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 131-161

Marzo, D. C. (2013). Medical Malpractice: The Italian Experience (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 211-238

Mutlu, H. H., Mutlu, H. H. ve Ankaralı, H. (2019). Hasta Şikayetlerinin Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Davranışına Etkisi: İkincil Mağdurlar Aile Hekimleri mi?. Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, 24 (3), 237-243.

Odyakmaz, Z. (2011). İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları. TAAD, 1 (5), 1-55.

Oğuz-Güner, Y. (2018). Sağlık hizmetlerinde iyileştirme ve hasta güvenliği için tıbbi hatalar ve malpraktis nedenleri. Journal of Awareness, 3 (Özel Sayı), 471-480.

Oktay, O. A. (2020). Ortopedi ve Travmatoloji Uygulamaları Açısından Aydınlatılmış Onam. TOTBİD Dergisi, (19), 38-50.

Örnek, N. (2018). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı **(**Ed: Bulut, N.), TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu, Ankara: Ankara Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 97-109

Özcan, Z. (2018). Malpraktis - Komplikasyon Ayrımının Önemi. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul: Bezmialem Vakıf Üniversitesi Dragos Hastanesi, 14.12.2018, (Ed.: Çakır, M.), 199-211.

Özcan, Z. ve Özcanoğlu, B. A. (2020). Yargıtay içtihatları ışığında malpraktis komplikasyon ayrımına bağlı ispat sorunları. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8 (16), 289-315.

Özçetin, E. (2016). Sağlık Alanında Malpraktis. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özer, Ö., Taştan, K., Set, T. ve Çayır, Y. (2015). Tıbbi Hatalı Uygulamalar. Dicle Tıp Dergisi, 42 (3), 394-397.

Özkaya, N. ve Elbuken, B. (2018). Sağlık Profesyonellerinin Hatalı Tıbbi Uygulamalarından Doğan Yasal Sorumlulukları: Hekim Haricindeki Sağlık Meslekleri Özelinde. Sağlık ve Sosyal Politikalara Bakış Dergisi, 2 (2), 109-128.

Öztürkler, C. (2006). Hukuk Uygulamasında Tıbbi-Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Pakel, D. E. (2019). Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.

Polat, O. ve Pakiş, I. (2011). Tıbbi uygulama hatalarında hekim sorumluluğu. Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2, (3), 119-125.

Rozwadowska, B. K. (2013). Medical Malpractice and Compensation in Poland (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 327-375

Sloan, F. A. ve Chepke, L. M. (2008). Medical Malpractice, Massachusetts: The MIT Press.

Stauch, M. S. (2013). Medical Malpractice and Compensation in Germany (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 179-209

Türe, O. (2017). Hekimin defansif tıp uygulamalarından doğan cezai ve hukuki sorumluluğu. Terazi Hukuk Dergisi, 12 (127), 32-41.

Ulfbeck, V., Hartlev, M. ve Schultz, M. (2013). Malpractice in Scandinavia (Ed: Oliphant, K. ve Wright, R.W.), Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, Berlin: De Gruyter Yayıncılık, 377-396

Ümit, C. (2017). Hekimlerin mesleklerinin uygulanmasından doğan ceza sorumluluğu. TAAD, 8 (32), 197-246.

Vismara, L. (2017) The "Gelli Law" - A New Era for Medical Liability in Italy. https://www.genre.com/knowledge/blog/the-gelli-law-a-new-era-for-medical-liability-in-italy-en.html Erişim tarihi:24.04.2021

White, F. J. (2008). Medical malpractice review panels and medical liability system cost, timeliness, and efficiency: A cross-sectional study. Journal of Empirical Legal Studies, 5, (2), 375-405.

Yalvaç, G. Hukusal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları. Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/842.pdf (Erişim tarihi: 23.04.2021).

Yeşiller, B. F. (2019). Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yüksel, S.R. (2015). Hekimin vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2015, 21, (2), s. 798.

6. ÖZGEÇMİŞ

Şükrü YILDIRIM, 01.01.1980 tarihinde Bozova'da doğmuştur. 1992 yılında Çakmaklı İlkokulu'ndan, 1995 yılında Bozova Yatılı İlköğretim Bölge Okulu'ndan, 1998 yılında Davut Zeki Akpınar Lisesi'nden ve 2002 yılında T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine mezun olmuştur. 2004 yılından beri İstanbul Barosuna kayıtlı olarak İstanbul ilinde serbest Avukatlık mesleğini icra etmektedir. Çeşitli sivil toplum kuruluşlarında çalışmalar yapan Şükrü YILDIRIM evli olup 2 çocuk babasıdır.